

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX. — FACULTÉ DE DROIT

L'AUTOMOBILE ET LE RÉGIME DE L'USAGE DES VOIES PUBLIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux
le 9 Mars 1935, à 9 heures*

PAR

A. DE LAUBADÈRE

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS, (V°)

—
1935

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'AUTOMOBILE

ET LE

RÉGIME DE L'USAGE

DES VOIES PUBLIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux
le 9 Mars 1935, à 9 heures*

PAR

A. DE LAUBADÈRE

LICENCIÉ ÈS LETTRES



LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS, (V°).

—
1935

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

Professeurs honoraires : MM. SAUVAIRE-JOURDAN, * Q I.;
LESCURE *, Q I.; de BOECK, *, Q I, NOAILLES Q I.;
BENZACAR, *, Q I, MARIA, Q I.

FERRON, *, Q I, *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.

FERRADOU, *, Q I, Assesseur du Doyen, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours de *Pandectes* (Diplôme d'études supérieures).

MARGAT, Q I, professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *droit international privé* (Licence).

BONNECASE, Q I, professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).

PALMADE, * Q A, *, professeur de *Droit civil*.

VIZIOZ, Q I, professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).

BONNARD, * Q I, *, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, * Q I, professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.

BOYÉ *, Q I, *, professeur de *Droit romain*.

MOUNIER, Q I, professeur d'*Economie politique* et chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).

BIBIÉ, *, *, professeur de *Droit international public*.

REGLADE, Q A., professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.

GARRIGOU-LAGRANGE, professeur d'*Economie politique* et *Science financière*, chargé d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).

HUBRECHT, Q A, professeur d'*Histoire du Droit* (doctorat), chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence 2^e année).

LABORDE-LACOSTE, Q I, professeur à la Faculté de Droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.

LASSERRE, Agrégé, chargé d'un cours d'*Economie politique*, (Licence 2^e année).

GUILLIEN, chargé de cours (*Droit public*).

M. ARTIGUELONG, Q A, *secrétaire*.

Mme COSTES, Q A., *secrétaire-adjointe*.

Mme SOUBIE., *bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM BONNARD, Professeur	Président
M. VIZIOZ, Professeur.....	Suffragants
M. RÉGLADE, Professeur.....	

INTRODUCTION

Par les problèmes inattendus qu'ils soulèvent, par les intérêts particuliers qu'ils mettent en jeu, par les règles nouvelles qu'ils imposent, les phénomènes sociaux et économiques renouvellent constamment la matière du Droit. Le développement de l'automobilisme depuis le début du siècle produit tous les jours de ces réactions dans la plupart des disciplines juridiques : s'il a élargi et rajeuni le champ d'observation de l'économiste, il n'est peut-être pas téméraire de prétendre qu'il a bouleversé pour le civiliste certaines données du droit privé, notamment en matière de responsabilité civile. Mais les conséquences de l'automobilisme ne sont pas d'un moindre intérêt dans le domaine du droit administratif. C'est à raison de cet intérêt que le présent travail a été entrepris.

On remet en ce moment à l'ordre du jour les problèmes que crée la circulation parisienne; chaque jour de nouvelles difficultés naissent du conflit de tous les intérêts qu'éveille le fait de la circulation et qui se traduisent au sujet des poids lourds, du stationnement, des transports publics. L'étude purement descriptive des règles par lesquelles le droit administratif cherche à concilier ces intérêts ne serait peut-être pas en elle-même d'un médiocre attrait; il serait peut-être ravivé par la comparaison, qui montrerait comment dans les capitales et sur les routes des grands Etats modernes, le tempérament et le système de droit propre à chaque nation résolvent différemment des difficultés identiques.

Il nous semble cependant que pour le juriste les conséquences de l'automobilisme présentent d'autres intérêts : L'automobilisme, en effet, a profondément transformé le

principe des régimes juridiques auxquels étaient traditionnellement soumises les utilisations de la voirie par les particuliers. Cette transformation semble s'être manifestée par deux nouveautés :

1. La première est l'apparition d'un certain nombre d'utilisations qui ont été considérées comme présentant un *caractère anormal* et que l'on a soumises pour cette raison à un régime juridique particulier.

2. La deuxième est l'importance prise par l'idée que l'administration exerce sur la voirie un *droit de propriété* — que les interventions de l'administration à l'égard des usagers de la voirie procèdent non seulement de ses pouvoirs de police, mais aussi de ses droits de propriétaire du domaine public.

Ces deux idées sont apparues à l'occasion de trois genres d'intervention du pouvoir administratif. Dans ses rapports avec les usagers, l'administration agit en effet :

1. Tantôt dans un but *administratif* pour imposer dans l'intérêt de la voirie ou de la police certaines conditions quant à l'usage du domaine.

2. Tantôt dans un but *financier*, pour imposer des obligations dans l'intérêt pécuniaire de l'administration, en particulier le paiement d'une redevance.

3. Tantôt dans un but *économique*, pour imposer aux usagers certaines règles économiques, en particulier pour agir dans un certain sens sur la concurrence.

On n'a peut-être pas toujours suffisamment distingué ces trois types d'interventions ; cela tient à ce que les deux derniers sont restés longtemps exceptionnels ; ils n'ont vraiment pris toute leur importance qu'avec le développement de l'automobilisme et à cause des problèmes posés par ce développement : or ce sont justement ces deux interventions qui ont permis de préciser cette idée que l'administration intervient à titre de *propriétaire*.

Quant à l'intervention administrative, si elle a toujours existé, elle a subi, elle aussi l'influence de l'automobilisme qui a transformé sa physionomie : c'est cette transformation qui

a suscité et développé cette idée d'*anormalité* que l'on attribue de plus en plus à certaines utilisations du domaine.

L'étude descriptive et critique de ces deux nouveautés constitue l'objet même de notre travail. Il nous paraît utile de donner à ce sujet quelques éclaircissements préliminaires sur le sens dans lequel nos recherches vont être poursuivies.

I. Les pouvoirs de police de l'administration.

Cette idée que l'usage de la voirie par les particuliers présente parfois un caractère anormal n'est pas tout à fait nouvelle dans la théorie de la Domanialité. Mais elle ne se présentait pas autrefois comme elle se présente maintenant.

Il est d'usage de classer les utilisations des voies publiques en deux catégories : d'une part *l'usage commun*, c'est celui que font en concurrence les particuliers pour circuler, s'arrêter — d'autre part les différents types *d'utilisation privative*, caractérisés par le fait que l'usager utilise pour son profit exclusif une portion de la voie qui est ainsi soustraite à l'usage commun.

Or on admettait une notion *d'usage anormal* c'est-à-dire non conforme à la destination naturelle de la voie publique, mais cette notion n'apparaissait que dans la catégorie des utilisations privatives : on distinguait en effet l'occupation normale, par exemple l'occupation d'une place dans un marché — et l'occupation anormale, par exemple l'installation de canalisations électriques ; l'occupation était dite dans ce cas anormale parce que la voie publique n'est pas faite normalement pour cet usage. Mais, ajoutait-on, l'usage commun, lui, est toujours normal parce que la voie publique est précisément destinée à ce genre d'usage ; il n'y a pas d'anormal dans le commun.

Or cette idée que l'usage commun serait toujours normal n'est plus aussi certaine aujourd'hui. On tend en effet à considérer qu'il existe toute une catégorie d'utilisations communes qui présentent ce caractère anormal, qui, bien que communes,

doivent être considérées comme des utilisations anormales de la voirie.

Il n'y aurait pas là un simple *intérêt de classification*, cet intérêt qui consisterait à distinguer maintenant un usage commun normal et un usage commun anormal : Les utilisations communes anormales pourraient en effet être soumises à un *régime juridique tout à fait particulier* :

D'abord *au point de vue financier et économique* l'administration pourrait intervenir à leur égard en vertu de ses droits de propriétaire du domaine soit pour imposer le paiement d'une redevance — soit pour subordonner l'utilisation à l'intérêt de ses services publics et à un régime d'interventionnisme économique.

D'autre part, *au point de vue administratif*, l'administration, en vertu de ses pouvoirs de police, pourrait soumettre l'utilisation à un régime *d'autorisation préalable* au lieu du régime libre qui est le régime traditionnel de l'usage commun.

C'est qu'en effet le régime de l'intervention administrative s'est transformé. C'est cette première évolution qui a conduit à étendre ainsi la catégorie de l'usage anormal :

Le régime administratif de l'usage commun était jusqu'ici dominé par trois principes : *égalité, liberté, irresponsabilité*.

D'abord on considérait que tous les usagers communs tiraient de leur usage les *mêmes avantages* ; il n'y a pas d'usager privilégié : tous doivent être soumis au même régime.

Ce régime est celui de la *liberté* : la mission de l'administration se borne à ouvrir des voies, à les entretenir en état, à assurer leur police ; l'usager n'a pas d'autorisation à obtenir, il manifeste librement son activité sur la voirie sous un régime de droit. Quant à la réglementation de police elle doit être réduite au minimum indispensable : La vieille loi du 30 mai 1851 est tout imprégnée de libéralisme administratif.

Enfin l'usager n'est pas *responsable* de l'usure que son acti-

tivité provoque : celle-ci est considérée comme une charge publique ; c'est à la collectivité d'entretenir la voie.

Le développement de l'automobilisme a fait apparaître des types d'utilisation pour lesquels ces règles ont été écartées. Ce sont d'abord des utilisations assez exceptionnelles : la circulation des voitures-annonces ou les essais de châssis sur route en offrent un exemple ; mais il y a aussi des utilisations beaucoup plus courantes : la circulation des véhicules de poids lourd, celle des transports publics — enfin le stationnement prolongé dont l'aspect nouveau est dû aux possibilités de l'automobilisme.

On s'est avisé que, pour ces utilisations, les règles habituelles de l'intervention administrative devaient être écartées. On a jugé qu'étant donné leur caractère nouveau, les inconvénients qu'elles présentent pour la sécurité et pour l'intérêt de la voirie, il fallait les soumettre à un régime administratif *exceptionnel*, d'autre part qu'il n'était pas juste que les dégradations que peuvent entraîner certaines de ces utilisations soient supportées par la collectivité. On a donc déclaré que l'administration en vertu de ses pouvoirs de police pouvait les soumettre à un régime d'*autorisation préalable* — et d'autre part rendre l'utilisateur *responsable* des dégradations.

La nécessité d'expliquer ce régime nouveau a été la première raison de considérer ces usages comme *anormaux* et de faire ainsi apparaître *l'anormal* dans le *commun*.

Comment s'est faite l'évolution de cette intervention administrative ?

L'extension donnée ainsi à l'usage anormal du Domaine est-elle justifiée ? Est-elle bien nécessaire ? Sinon, comment peut-on expliquer logiquement le régime nouveau de l'intervention administrative ?

Ces questions occuperont la première partie de notre thèse. Cette partie sera ainsi consacrée à **l'intervention de l'administration au titre de ses pouvoirs de police.**

II. Les droits de propriété de l'administration.

L'intervention *financière* et *économique* a subi une transformation au moins aussi profonde. L'observation attentive de cette transformation a éveillé une deuxième idée : L'administration exercerait sur la voirie parallèlement à ses pouvoirs de police des *droits de propriétaire*. La deuxième partie de notre thèse sera consacrée à cette intervention de l'administration au titre de ses droits de propriétaire.

Il était jusqu'ici d'usage d'admettre que l'administration n'exerce sur la voirie que des *pouvoirs de police* : toutes les interventions des agents publics étaient expliquées et justifiées par l'exercice de leur compétence policière.

Ce point de vue cependant était depuis quelque temps sérieusement battu en brèche en ce qui concerne une certaine catégorie d'utilisations : *les occupations privatives*. L'existence dans cette hypothèse d'une emprise plus directe, d'une relation plus intime et plus exclusive entre l'usager et le domaine avait attiré l'attention sur des rapports d'un type nouveau entre la voirie d'un côté et, de l'autre l'administration qui la gère et les particuliers qui l'utilisent : on parlait volontiers, ici, de droits réels administratifs, là, de propriété administrative et l'on admettait qu'à l'égard de ces usagers l'administration pouvait intervenir comme propriétaire du domaine soit dans un but économique, soit dans un but financier en imposant une redevance pour laquelle on murmurait le terme révélateur de loyer.

Mais là se limitaient les symptômes de l'idée de propriété : à l'égard des usagers communs de la voirie on ne pensait pas que l'administration pût intervenir comme propriétaire : le point de vue de la domanialité était ici entièrement masqué par le point de vue de la police.

Or voici que maintenant cet usage commun révélerait les mêmes tendances, que dans un domaine séparé jusqu'ici de celui des occupations par une barrière jugée infranchissable, se manifesterait une évolution symétrique. C'est l'interven-

tion économique et financière qui exige de la construction classique ce nouveau sacrifice ; c'est encore à l'automobilisme qu'elle le doit car c'est lui qui a provoqué l'évolution de ces deux interventions.

1. L'intervention *économique* de l'administration à l'égard des usagers communs était dominée par le principe de l'*abstention*. L'administration devait s'abstenir de toute intervention dans un but économique :

Elle devait s'abstenir de concurrencer l'initiative privée en créant, même pour utiliser la voirie, des *services publics* à caractère industriel et commercial.

Elle ne pouvait *réglementer* l'activité des usagers que dans un but administratif et non dans un but économique.

Enfin elle n'était jamais autorisée à intervenir dans la concurrence économique qui se jouait sur le domaine public pour *y protéger ou y favoriser* l'un des concurrents.

Sans doute ici encore ces règles étaient écartées vis-à-vis des occupants privatifs : de plus en plus la théorie des occupations domaniales autorisait de la part de l'administration une gestion économique, on insistait sur le « caractère économique » de la permission de voirie. Mais à l'égard de l'usage commun, naturel des voies publiques la règle était formelle : *abstention économique, libéralisme économique, neutralité économique*.

Or ces règles ont été impuissantes à résoudre les problèmes posés par le développement de l'automobilisme, spécialement des transports publics ; il a suffi en particulier pour achever de provoquer leur révision des difficultés irritantes posées par le fameux problème de la *concurrence du rail et de la route* évoqué ici sous son aspect administratif :

L'administration a dû, soit pour se moderniser et satisfaire les besoins nouveaux du public — soit pour se défendre et transporter la lutte sur le terrain même où on la lui livrait, multiplier sur la route des *services publics* automobiles.

Elle est intervenue auprès des entreprises privées dans

l'intérêt du public, pour imposer des *conditions* de tarif, d'ho-raires, d'assurance.

Enfin elle accorde à ses concessionnaires du rail et à ses nouveaux concessionnaires de la route une *protection* contre les entreprises privées concurrentes tantôt en les réglementant, tantôt en limitant leur nombre, tantôt en accordant des concessions exclusives avec garantie contre toute concurrence.

En déclarant ces pratiques légales la jurisprudence administrative a ouvert des horizons nouveaux à l'intervention économique de l'administration; elle a porté le coup de grâce au vieux principe de l'abstention.

Il est permis de se demander si elle n'a pas en même temps mis en lumière *l'idée de propriété*.

Cette idée se manifesterait de la manière suivante : la voie publique est une richesse collective dont l'administration est propriétaire et qu'elle doit gérer et exploiter économiquement au mieux de l'intérêt général.

Son pouvoir élargi d'utiliser elle-même la voirie pour y créer des services publics n'est-il pas simplement le *droit de tout propriétaire d'exploiter son bien* ?

Son pouvoir de s'ingérer dans la concurrence pour la discipliner ou l'interdire ne révèle-t-il pas le droit du propriétaire *d'exploiter seul et totalement son bien* ?

Enfin son pouvoir d'imposer des conditions économiques aux usagers n'est-il pas le *droit du propriétaire de diriger l'exploitation de sa propriété* ? Sans doute n'est-il pas surprenant, à une époque où l'Etat cherche à diriger la production, la monnaie et jusqu'aux contrats, de lui voir diriger aussi les transports : encore n'est-il pas indifférent qu'ici l'activité dirigée présente cette singularité d'utiliser un bien de l'administration qui dirige.

En définitive l'intervention économique de l'administration sur la voirie présente une ampleur étonnante; la vieille idée de la police peut-elle seule l'expliquer ? L'exercice du droit de propriété n'est-il pas pour cette nouveauté l'explication nécessaire ?

2. Mais c'est aussi *l'intervention financière* qui a évolué. Le régime financier de l'usage commun reposait tout entier sur le *principe de la gratuité*. La voirie y était de ce point de vue soumise à quelques idées reçues :

C'est aux finances publiques d'assurer *l'entretien* et la *réparation* des voies. Elle ne peut pas s'en décharger en limitant l'usage à cette fin.

Dans ses rapports avec les usagers le *mobile intéressé* est rigoureusement proscrit. La mesure financière est le type classique du détournement de pouvoir.

L'usage de la voirie ne peut en principe donner lieu à la *perception de redevances*. En effet on distingue : la redevance de voirie, paiement de l'avantage procuré par l'utilisation— le péage, impôt pour l'entretien de la voirie avec affectation à cet objet.

La redevance de voirie a longtemps été écartée de l'usage du domaine : le domaine public ne pouvait être conçu comme une propriété de rapport : c'était là le rôle dévolu au domaine privé. On avait cependant fini par admettre la perception de redevances sur les occupations privatives; encore fallut-il que la loi en consacraît la légitimité, brisant les scrupules anti-fiscaux de la doctrine et de la pratique. Quant à l'usage commun il ne devait pas donner lieu à la perception de redevances : cantonnée dans son rôle de police, l'administration était liée en matière financière par *l'antinomie de la police et du fisc* comme elle l'était en matière économique par *l'antinomie de la police et de la gestion*. Seul le péage, impôt général sur la circulation eût été juridiquement possible, mais toute l'économie libérale dressée contre lui, avait, à la fin du XIX^e siècle, consommé sa disparition : l'appareil libéral ajoutait pour la voirie au *libéralisme administratif* et au *libéralisme économique* le *libéralisme financier*.

Manifesté par ces formules le principe de la gratuité faisait la loi de la voirie; on avait l'impression que cette loi était intangible; il semble que, dans sa formule brutale elle ne soit pas loin d'avoir vécu.

Des formules nouvelles se font jour en effet : L'usager doit *payer* son usage dans la mesure où il utilise la voie.

L'administration doit pouvoir retirer de son domaine public les *utilités financières* qu'il comporte.

Si les agents publics ne peuvent se décider que par l'intérêt général, les *considérations financières* ne peuvent plus aujourd'hui être toujours détachées de cet intérêt général.

L'orientation du système fiscal tendait naguère par l'*affectation des impôts sur les automobiles* à un fonds commun des routes à ressusciter la technique du péage sous une forme pourtant contraire, dit-on, à l'esprit de notre organisation fiscale. Le système actuel d'imposition indirecte sur l'essence traduit l'idée que l'usager doit payer dans la mesure où il utilise la voie.

La jurisprudence autorise maintenant les communes à percevoir des *droits sur le stationnement prolongé* des véhicules lorsque ce stationnement n'est pas l'exercice par les riverains de leur droit d'accès.

Les moyens utilisés par l'administration pour défendre ses services publics contre la concurrence ne marquent-ils pas derrière la protection des concessionnaires *celle des finances du concédant*, grevées de subventions et de garanties d'intérêt ?

Mais la limitation du droit de circuler imposée aux véhicules de poids lourd ne traduit-elle pas, elle aussi, derrière la *protection de la voie, celle des finances locales* chargées de son entretien ?

Ces manifestations d'une tendance nouvelle montrent que, pas plus que le principe de liberté, celui de gratuité n'est à l'abri des évolutions du droit. Ne doivent-elles pas, elles aussi, trouver leur explication logique dans l'*idée de propriété* ? La voirie semble y apparaître de plus en plus comme une propriété administrative que son propriétaire cherche à défendre, tantôt même comme une propriété de rapport que l'administration exploite financièrement et dont elle se réserve parfois exclusivement tous les profits financiers. Si l'on songe qu'il a régné jadis une théorie de la stérilité du domaine public, on mesure

aisément le chemin parcouru jusqu'au jour où la voirie semble devenir volontiers pour ses propriétaires administratifs d'une productivité singulière,

Ainsi, comme l'intervention administrative, les interventions financière et économique ont subi avec l'automobilisme une profonde évolution. Cette évolution paraît dans les deux cas éloigner la conception traditionnelle du domaine congu comme une chose absolument hors du commerce; elle semble évoquer un droit nouveau où la propriété a une large place et traduire à côté de la théorie des occupations, une évolution identique de l'usage commun en revêtant de plus en plus le domaine public de cet aspect nouveau sous lequel on se plaît à le découvrir aujourd'hui.

Comment s'est faite exactement l'évolution de ces deux interventions? L'idée de propriété est-elle effectivement nécessaire pour en fournir une explication logique? Comment peut-elle s'y justifier? Ces questions occuperont la deuxième partie de notre thèse : cette deuxième partie sera donc consacrée à **l'intervention de l'administration expliquée par l'exercice de son droit de propriété.**

PREMIÈRE PARTIE

L'intervention de l'Administration procédant de ses pouvoirs de police sur la voirie

Cette intervention a toujours existé mais l'automobilisme a profondément transformé son caractère.

Quel était traditionnellement ce caractère ?

Quelle transformation a-t-il subie du fait de l'automobilisme ?

Quelle est la portée, quelle est l'explication juridique de cette transformation ?

Ces questions constituent l'objet même de la première partie de cette thèse.

TITRE I

LES RÈGLES TRADITIONNELLES DE L'INTERVENTION DE POLICE

Les règles qui sont restées traditionnellement admises pendant longtemps pour l'intervention de police quant aux utilisations de la voirie procédaient d'une classification de ces utilisations en usages communs et usages privatifs et comportaient suivant la nature de l'utilisation un régime répressif ou un régime préventif, ce dernier tendant plus ou moins vers l'interdiction.

Il faut donc ici : 1° retracer la classification des utilisations de la voirie ; — 2° préciser les applications respectives du régime répressif et du régime préventif.

CHAPITRE PREMIER

LA CLASSIFICATION TRADITIONNELLE DES UTILISATIONS DE LA VOIRIE

Il existe, avons-nous dit, une théorie traditionnelle des utilisations de la voirie. Cette théorie comporte un certain nombre de points de vue admis touchant le rôle de l'administration, les droits et la situation des usagers. Elle comporte aussi une classification des utilisations. On va voir que s'il existe des points de vue divergents, il y a aussi certains traits essentiels sur lesquels on est d'accord. En un mot, on trouve une position traditionnelle.

Cette classification est essentiellement l'œuvre de la doctrine. Ce sont les théoriciens du droit administratif qui en ont jeté les bases, soit par ce besoin de classer qui est une tendance naturelle de l'esprit, soit pour expliquer logiquement des régimes juridiques différents.

Cette classification est récente : elle date seulement du début du ^{xx}^e siècle ; les questions soulevées par la domania-
lité offrent aux théoriciens du ^{xix}^e siècle d'autres sujets de réflexions ; le droit administratif y est encore en formation ; l'utilisation de la voirie donne lieu moins à des essais de classification qu'à des recherches sur la nature juridique des situations et leur caractère de droit privé¹.

Quoi qu'il en soit, il existe dans la doctrine française une classification que l'on peut considérer comme traditionnelle et dont voici les grandes lignes :

1. Sur tous ces points, v. TROTABAS, *Des utilisations du domaine public par les particuliers*, thèse Paris, 1924.

§ I. Les usages communs et les occupations de la voirie.

Le trait essentiel de cette classification des utilisations de la voirie consiste dans l'opposition de l'usage commun des voies publiques et des utilisations privatives ou occupations.

L'usage commun est celui que tous les usagers ont la possibilité de réaliser en concurrence. Dans l'utilisation privative une portion de la voie est réservée à un particulier pour son usage exclusif et est soustraite ainsi à l'usage commun.

On ajoute à cette formule quelques précisions :

L'usager commun, dit-on, est caractérisé par l'*anonymat* et l'aspect essentiellement passager de son utilisation. Au contraire l'usager privatif est « juridiquement individualisé » et sa situation caractérisée par la « permanence ». C'est le point de vue précisé par M. Trotabas¹; il n'entend pas, d'ailleurs, que les situations juridiques soient différentes : les usagers privatifs peuvent être comme les usagers communs dans une situation légale ou réglementaire; l'individualisation juridique n'entraîne une situation juridique individuelle que pour les concessionnaires. Car, pour tous les autres occupants, on ne trouve à l'origine qu'un acte-condition pour mettre l'administration en face d'un usager identifié individuellement. Quant à l'usager commun, à défaut de cet acte-condition, il se confond dans la masse anonyme du public.

On a encore caractérisé l'usage commun en précisant qu'il était *l'exercice sur la voie publique des libertés individuelles*. Ce point de vue est souligné par le doyen Hauriou; il isole une catégorie d'« utilisations du Domaine public qui répondent à l'exercice des libertés individuelles... Elles constituent la forme pratique de la liberté d'aller et venir, car cette liberté n'est un droit que sur les *loca publica*, vu que l'on ne circule dans les propriétés privées que grâce à la tolérance du propriétaire. » (*Précis de droit administratif*, 10^e éd., p. 712)².

1. TROTABAS, *op. cit.*, p. 73 et suiv.

2. Dans le même sens, JÈZE : « Le prétendu droit ou pouvoir d'utiliser le domaine public n'est pas autre chose que le pouvoir légal des individus de manifester leur libre activité (liberté de la personne, liberté du commerce et de l'industrie) sur les choses publiques » (R. D. P., 1910, p. 695).

Cette opposition de l'usage commun et des utilisations privées s'éclaire encore lorsque l'on compare l'*unité des usages communs* à la *diversité des occupations* :

§ II. L'unité des usages communs.

L'usage commun ne donne pas lieu à des distinctions ; du moins ces distinctions ne correspondent pas à des catégories juridiques différentes. Tous les types d'utilisations communes apparaissent avec le même caractère : ni dans la manière dont la voie est utilisée, ni dans les situations juridiques, ni dans le but poursuivi on ne trouve prétexte à une classification juridique.

Sans doute on remarque que l'usager commun n'utilise pas toujours la voie de la même façon, on paraît vouloir distinguer le particulier qui l'utilise directement et celui qui l'utilise par l'intermédiaire d'un Service public¹. Peut-être y a-t-il quelque exagération à considérer comme un usager du domaine l'usager d'un service établi sur le domaine. Mais de toute façon cette distinction ne rompt pas l'unité de l'usage commun ; en particulier elle n'entraîne aucune différence dans les situations juridiques ; de ce point de vue l'utilisation commune présente une rigoureuse cohésion : le statut de l'usager commun répond toujours à la situation légale ou réglementaire, « ce statut, dit M. Trotabas, est tout de légalité ».

L'unité des situations juridiques, réalisée sous la forme de la situation objective, est précisée et mise en relief par M. Jèze (*R.D.P.*, 1910, p. 698) :

« Le pouvoir des individus de se servir des dépendances du domaine public n'est pas un pouvoir exclusif... il appartient

1. TROTABAS (*op. cit.*, p. 71) : « En droit, cette situation est réalisée lorsque l'usager exerce une liberté individuelle ou lorsqu'il use d'un service public. »

Cf. HAURIOT, *op. cit.*, p. 713 : « On peut y joindre (aux usages du domaine public) le droit de participer à tous les services de distribution qui sont installés dans le domaine public, par exemple le droit d'être abonné à la distribution du gaz ou au téléphone. Il y a là l'exercice d'un droit individuel à l'utilisation du domaine public, moyennant le paiement d'un péage. Et c'est un élément à ne pas négliger lorsqu'on recherche la véritable nature des abonnements au téléphone. »

à tous les êtres humains sans distinction... il a exactement pour tous les individus le même contenu... Ce pouvoir est exclusivement réglé par les lois et règlements... le pouvoir des individus de se servir des dépendances du domaine public est un pouvoir légal et réglementaire et non un droit subjectif... »

M. Jèze complète son développement en déclarant que les riverains des voies publiques n'ont pas un pouvoir différent, sont exactement dans la même situation, ne sont, comme les autres usagers de la voie, que les usagers d'un Service public.

Ces formules, longtemps indiscutées, ne présentent peut-être plus aux yeux de tous la même certitude. En particulier ce caractère non exclusif est discuté pour le riverain¹ : sa situation apparaît de ce fait différente de celle des autres usagers ; ce sera déjà un premier point où les conceptions actuelles, en revenant sur l'unité rigoureuse de l'usage commun, cherchent à réviser certaines positions de la classification traditionnelle.

Enfin le but poursuivi par l'usager ne permet pas davantage une distinction juridique. Cela ne signifie pas que l'on ne tienne jamais compte de ce but. Les activités qui s'exercent sur la voie publique n'y trouvent pas toutes la même protection ; il en est qui sont plus protégées que les autres parce qu'on a jugé que l'utilisation du domaine était essentielle à leur exercice : c'est par exemple la liberté du commerce et de l'industrie ; l'exercice des autres libertés ou celle d'usages sans but défini offre au pouvoir de police une résistance moins efficace. Mais cette application de la souplesse et de la variété des régimes de police ne sert pas de base à une classification juridique. En particulier on ne distingue pas dans l'usage commun, pour les soumettre à des régimes différents, un usage normal et un usage anormal de la voie.

1. V. p. ex. BASTID, *Les aisanes de voirie*, R. D. F., 1920. Ce problème sera repris plus loin.

§ III. La diversité des occupations.

A l'opposé de cette unité des usagers communs, les occupations de la voirie sont toujours apparues sous des formes variées, ont toujours donné lieu à des classifications juridiques. Il n'est d'ailleurs pas négligeable de noter que la théorie des occupations a toujours fait l'objet d'une étude plus approfondie, d'une théorie plus fouillée que l'usage commun¹. Cette théorie a commencé surtout de s'élaborer à la fin du XIX^e siècle sous l'influence d'un fait économique : le développement des grands services publics usagers du domaine (chemins de fer, eau, gaz, électricité). Ce développement, en multipliant le nombre des occupations domaniales, a attiré l'attention sur leur théorie. Il a mis en lumière la notion d'*emprise*, précisé la technique de la *concession*, éveillé l'idée d'un *usage anormal* du domaine.

Cette théorie comporte une classification des occupations. Il faut dire plutôt des classifications; on peut en effet classer les occupations d'après des points de vue différents² : du point de vue du *caractère matériel* que présente l'utilisation, car ici on va trouver des modes d'utilisation très différents — du point de vue de la *situation juridique* de l'usager car tous les occupants ne sont pas dans la même situation juridique — enfin du point de vue du *but poursuivi*; ici, en effet, les buts sont très différents. En particulier, ils ne sont pas toujours également conformes à l'affectation.

1. Cela se traduit bien par l'importance des développements consacrés dans la plupart des ouvrages de droit administratif à la théorie des occupations du Domaine, alors que la théorie de l'usage commun est généralement des plus brèves.

2. C'est, nous semble-t-il, un défaut de la classification de M. TROTABAS, que d'avoir mélangé ces points de vue : la classification qu'il adopte comporte trois catégories qui ne sont pas définies du même point de vue. L'auteur distingue : la permission de voirie, le permis de stationnement, la concession. Or ces trois catégories ne correspondent pas à des notions opposées d'après un point de vue unique : les deux premières s'opposent par le caractère matériel; la troisième se distingue des autres par la situation juridique de l'usager.

I. La distinction de l'occupation avec emprise et sans emprise.

D'après le caractère matériel, on oppose, d'une part, l'occupation qui implique une emprise sur le sol de la voie avec modification de l'assiette de cette voie et, d'autre part, l'occupation qui est sans emprise et qui reste ainsi superficielle. La première catégorie est aussi appelée parfois *occupation temporaire* — la deuxième : *stationnement*. Le type de l'occupation temporaire est la permission de voirie, par exemple : l'installation de canalisation sous la voie publique. La catégorie du stationnement comprend le dépôt et le plagage : ainsi, de ce point de vue, l'établissement d'une terrasse de café ou d'un kiosque fait partie de la catégorie du permis de stationnement au même titre que l'occupation d'une place dans un marché.

Cette distinction est essentielle dans la jurisprudence : elle y présente un gros intérêt du point de vue de l'*autorité compétente pour accorder l'autorisation et percevoir la redevance* : c'est, dans le cas d'occupation avec emprise, l'autorité propriétaire de la voie — dans le cas d'occupation superficielle l'autorité chargée de la police de la voie¹.

La doctrine adopte en général cette distinction. M. Trotabas en fait la base de sa distinction de la permission de voirie et du permis de stationnement ; l'idée d'emprise est pour lui essentielle : elle répond à la notion juridique de grande voirie² et présente cette particularité d'intéresser la conservation du domaine. Au contraire le stationnement sans emprise n'intéresse que la circulation, il répond à la notion juridique de petite voirie.

1. *Av. du Conseil d'Etat*, 30 nov. 1882 : « Ces dispositions législatives n'ont pas donné aux communes le droit de percevoir des redevances à l'occasion des occupations qui entraînent une emprise sur le Domaine national et en modifient l'assiette ». Depuis lors, jurisprudence constante. V. p. ex., C. E., 26 juin 1914, *Rétif. Lebon*, p. 786, *Concl. Pichat* : l'autorité chargée de la police perçoit les redevances sur les dépendances appartenant à une collectivité différente lorsqu'il s'agit d'ouvrages qui, « à raison du peu d'importance des travaux, ne modifient pas l'assiette du domaine public ».

2. M. TROTABAS distingue la notion *juridique* et la notion *technique* de grande et de petite voirie.

Hauriou¹ adopte également ce point de vue et précise qu'il s'y attache un autre intérêt : derrière la conservation du domaine l'emprise intéresse sa propriété; il faut, en effet, distinguer ce stationnement *salva rerum superficie* et l'occupation temporaire : c'est dans ce dernier cas que l'administration intervient comme propriétaire du domaine.

La distinction de l'occupation avec et sans emprise est cependant jugée par certains peu rationnelle et de race juridique inférieure parce qu'elle se rattache à un caractère non juridique mais purement matériel².

II. La distinction de la permission et de la concession.

La distinction de la permission et de la concession est traditionnelle et c'est peut-être la plus ancienne.

La notion de concession est déjà dégagée et étudiée au début du XIX^e siècle par les théoriciens du droit administratif. Cette notion est alors conçue d'un point de vue assez particulier qui répond bien aux préoccupations de l'époque : c'est en la rapprochant des aliénations de droit privé qu'on l'a précisée. Son caractère synallagmatique y est sans doute mis en évidence, mais c'est pour souligner une idée nouvelle : l'apparition de relations juridiques directes entre l'usager et le domaine; il aurait pu y avoir là l'amorce d'une classification reposant sur une notion que l'on devait plus tard utiliser largement en matière domaniale : celle de *droit réel*. Cependant ce n'est pas de ce point de vue que s'est faite la distinction de la permission et de la concession, mais du point de vue des *situations juridiques* :

Le permissionnaire est dans une situation légale ou réglementaire; la permission est un acte-condition, le concession-

1. *Op. cit.*, p. 712 et suiv.

2. V. p. ex. ROLLAND, *Précis de droit administratif français*, 5^e édit., p. 377 : « Cette façon de raisonner est certainement moins logique. Elle tient compte en effet d'un élément matériel sans valeur juridique au lieu de se rattacher à l'affectation. »

naire est dans une situation juridique individuelle, la concession est un contrat¹.

Cette distinction est admise généralement sans difficulté. On aura l'occasion de se demander si l'évolution moderne des institutions juridiques ne tend pas à l'affaiblir et même à la brouiller : le rapprochement de la permission et de la concession est un phénomène signalé depuis longtemps (v. Mestre : *note in* S. 1917, II, 105 ; cf. Alibert, *note in* S. 1930.III.1). On se demande si la catégorie de la permission répond toujours à la situation objective (v. Jèze, *Droit administratif*, 2^e éd., p. 527, note 1). La notion d'usager juridiquement individualisé semble avoir fait son chemin ; si, dans l'esprit de M. Trotabas elle ne correspondait pas à la catégorie de la situation individuelle, M. Latournerie a donné dans un article récent (*R. D. P.* 1932, « Essai de classification des situations juridiques ») une telle extension à cette catégorie que la permission de voirie rentre certainement dans son cadre. Il resterait bien pour la distinguer de la concession le caractère unilatéral, mais M. Alibert ne suggère-t-il pas que « la permission de voirie se rapproche de plus en plus d'une sorte de contrat *sui generis* passé en vue de l'organisation plus ou moins complète d'un service public » (*Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 324) ?

Il fallait signaler ces tendances d'un esprit nouveau. Elles montrent qu'à ce point de vue aussi l'évolution moderne des institutions juridiques comme celle des faits économiques va réagir sur la théorie des classifications.

III. La distinction des occupations normales et anormales.

La distinction des occupations normales et anormales est peut-être plus récente que les précédentes : L'idée de classer d'après le fait que le but poursuivi serait conforme

1. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, III, p. 349 : « J'estime que ce qui caractérise la concession c'est qu'elle contient en elle un élément contractuel et qu'elle est faite pour une durée déterminée pendant laquelle l'administration est liée... quant à la permission elle ne contient aucun élément contractuel. »

ou non à la destination se retrouve déjà cependant chez un auteur isolé, Gauthier (1879); elle a servi aussi à Proudhon et à Aubry et Rau de base pour une classification des aisances de voirie du riverain.

Mais elle n'a pris vraiment, en matière d'occupations de la voirie, toute sa netteté, que chez les théoriciens modernes du droit administratif. Elle y traduit d'ailleurs l'extension prise dans cette discipline par l'idée de but et cette tendance actuelle à distinguer les actes conformes ou non à certains buts, soit pour apprécier leur valeur, soit pour les classer.

L'occupation est *normale* lorsqu'elle est conforme à la destination de la voie : le cas se produit lorsqu'une portion de la voie est affectée spécialement à une certaine destination; ainsi une partie de la voie peut être affectée à un marché ou à une station de voitures de place. L'occupation d'une place est alors normale.

L'occupation est *anormale* lorsqu'elle n'est pas conforme à la destination. On ajoute que, n'étant pas conforme, elle peut cependant être autorisée si elle est compatible avec l'usage normal de la voie parce qu'elle ne lui apporte pas d'entrave trop gênante.

Cette distinction est admise par une assez grande partie de la doctrine¹.

Cette distinction est cependant loin de réunir l'unanimité. Mais les opinions qui la contredisent sont dans deux sens opposés. Leur divergence résulte de la conception que l'on se fait de la voie publique : la voie publique est destinée à l'usage du public. Mais on met quelquefois l'accent sur ce qu'il s'agit de l'*usage commun*; il s'ensuit que l'usage privatif, par cela seul qu'il est privatif, est toujours anormal. C'est par exemple

1. BERTHELEMY, *Traité de droit administratif*, 13^e éd., p. 503 : « Le critérium auquel il faut se placer pour distinguer l'occupation temporaire du stationnement c'est que le stationnement est conforme à la destination de la voirie; c'en est une occupation normale. L'occupation temporaire est anormale; sans doute elle ne devrait pas être contraire à la destination du domaine mais ce n'est pas en vue d'une utilisation de ce genre que le domaine existe. »

Dans le même sens : BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1^{re} édit., p. 450. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 5^e éd., p. 373.

le point de vue soutenu par Ségur¹. Dans un autre sens on dit que la voirie est faite pour l'usage du public, sans que cet usage soit précisé; la voirie est faite pour un usage quelconque, sa destination n'est pas précisée; il faut en effet, dit-on, distinguer le domaine affecté à une destination spéciale et le domaine sans affectation spéciale; la voirie fait partie de cette deuxième catégorie : elle n'est pas destinée à un usage spécial mais se trouve au contraire d'une façon générale à la disposition du public; le domaine non affecté peut donner lieu à des occupations privatives à but quelconque et précisément parce qu'il n'est pas affecté à un usage déterminé, cet usage qu'il soit commun ou privatif, sera, par son but, toujours normal. Ce point de vue, soutenu notamment par M. Trotabas aboutit à écarter radicalement la notion même d'utilisation anormale²; au surplus, ajoute-t-on, cette exclusion est logique car anormal signifie contraire à la règle et ce qui est contraire à la règle ne peut être que réprimé.

Telle est, à son origine et dans la conception traditionnelle, la notion d'usage anormal : apparue tardivement, critiquée dans sa valeur, en tout cas rigoureusement cantonnée dans le cadre des occupations privatives, elle paraît somme toute assez deshéritée. L'évolution moderne des utilisations du domaine obligera à l'étendre et à l'utiliser largement. Montrer cette extension aussi bien dans la théorie que dans la terminologie jurisprudentielle, c'est, nous l'avons déjà fait pressentir, l'un des objets de notre étude.

De cette classification traditionnelle il faut retenir deux traits : le premier est que l'usage commun présente du point de vue de la classification une unité rigoureuse, le deuxième est que la notion d'utilisation anormale est essentiellement réservée à la catégorie des occupations privatives.

La théorie traditionnelle des utilisations de la voirie doit

1. SÉGUR, *Les permissions de voirie*, Thèse Bordeaux, 1912, p. 92.

2. TROTABAS, *op. cit.*, p. 76.

être complétée par l'étude des régimes juridiques auxquels elles sont soumises. On va y voir apparaître un deuxième aspect de ce que nous avons appelé l'unité de l'usage commun : ce deuxième aspect est l'unité du régime juridique auquel cet usage est soumis.

CHAPITRE II

LES RÈGLES TRADITIONNELLES DU RÉGIME ADMINISTRATIF

On vient de le voir : la conception traditionnelle repose avant tout sur la distinction de l'usage commun et des utilisations privatives. Cette distinction s'exprime dans les régimes juridiques assignés à ces deux catégories : on y rencontre en effet deux régimes administratifs types attachés respectivement à chacune des deux catégories.

L'usage commun est soumis à un régime répressif de liberté ; l'usage privatif à un régime préventif d'autorisation.

Comment cette construction s'est-elle imposée logiquement ?

Quelles sont ses applications ? Notamment quel est exactement le régime administratif de l'usage commun ?

§ I. Régime répressif et régime préventif.

A la base de la construction est cette idée que l'usage commun doit *être libre et s'effectuer librement*¹. Le principe de liberté est ici essentiel, il a des racines profondes, constitutionnelles, économiques, juridiques.

On l'a fait remarquer, la règle de la liberté puise dans notre organisation *constitutionnelle* une portée générale : « Il ne faut pas, dit-on², se lasser de répéter que l'organisation constitutionnelle est pour la liberté. Le principe — et en ce sens

1. V. p. ex. *Rep. Becquet*, 1911 (V^o voiture, p. 23) : « Il faut que la circulation puisse s'effectuer sans autorisation, qu'elle entraîne le moins possible de formalités, *il faut qu'elle soit libre.* »

2. J. CHEVALIER, *Note au Dalloz. pér.*, 1928, III, 10.

tous les arrêts qui déterminent les limites du pouvoir de police et de la réglementation ont une portée constitutionnelle, — c'est la liberté individuelle au sens large du mot¹. Or n'oublions pas que la voie publique a toujours été sentie comme le cadre où s'exercent les libertés individuelles³.

Parmi elles il est manifeste que l'on a toujours ressenti davantage les libertés d'ordre économique. Par là la règle de liberté a de fortes attaches *économiques*. A l'époque où règne le libéralisme, la voie publique est apparue comme le siège essentiel de la vie professionnelle. En veut-on des exemples ? Lorsque le juge de la légalité est appelé à protéger les usagers contre l'action incorrecte de l'administration il invoque toujours la liberté du commerce et de l'industrie, c'est toujours au nom de cette liberté qu'il annule³. Il y trouve d'ailleurs une invitation dans la qualité des requérants : ce sont souvent des commerçants, en particulier des groupements, forts de la tendance que prend l'action en justice à devenir fréquemment le fait d'organismes collectifs — qui engagent le contentieux au nom de leurs intérêts professionnels méconnus (par exemple deux des arrêts les plus importants de ces dernières années : Ast. 28 mai 1924, D. H. 24. 625 : arrêté du maire de Roubaix interdisant la circulation dans une rue, déféré au Conseil d'Etat par des négociants de cette rue — C. E. 11 décembre 1931, S. 33, III, 57 arrêté du préfet de police attaqué par la *ligue pour la défense du commerce parisien*).

Mais quels que soient ses rapports avec l'individualisme constitutionnel et le libéralisme économique la règle de liberté s'impose surtout *juridiquement* du point de vue des droits que possèdent sur le domaine ses usagers : la voie publique est

1. Ces remarques donnent une base solide à la conception française du pouvoir de police qui est une conception *libérale individualiste*.

2. Cf. à ce sujet, *supra*, les remarques d'HAURIOU et de MM. JÈZE et TROTABAS sur l'usage commun du Domaine.

3. La plupart des arrêts du Conseil d'Etat adoptent une formule de style : « Le maire n'a pu... sans porter atteinte à la *liberté du commerce et de l'industrie*... etc... »

faite pour l'usage commun et l'usage commun est toujours normal; l'usager commun utilise un bien public conformément à sa destination : il a donc des droits. Aussi bien que du point de vue politique et économique, la liberté s'impose juridiquement.

Il faut donc trouver dans la technique juridique un système qui permette d'assurer aux usagers communs un usage libre. On l'a trouvé dans une distinction qui va constituer le nœud essentiel du régime administratif et traduire par une opposition catégorique de régimes la distinction théorique des deux types d'usage : il s'agit de l'opposition du *régime de droit* et du *régime de police*.

Cette distinction est admise dans la technique française.

On appelle *régime de droit* celui dans lequel l'activité des individus peut se manifester sans aucune restriction préventive, sans aucune autorisation préalable. C'est seulement lorsque l'activité s'est manifestée contrairement au droit que l'autorité intervient pour réprimer l'atteinte. Ainsi le régime de droit est un régime d'intervention répressive et purement répressive.

Au contraire, dans le *régime de police* l'autorité publique intervient avant qu'aucune atteinte au droit ne soit faite et avant que l'activité des individus ne s'exerce, pour imposer à l'avance à cette activité certaines règles et certaines formes destinées à empêcher l'atteinte au droit de se produire ; en particulier elle intervient pour autoriser : le régime de police est ainsi un régime préventif.

Or pour qu'une activité puisse vraiment être considérée comme libre il faut qu'elle soit soumise à un régime de droit, à une intervention répressive et non préventive²; c'est ce qui doit se passer pour l'usage commun de la voirie.

1. Sur cette distinction, v. notamment DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* III, p. 603 et suiv.

2. Cf. DUGUIT : « En principe, il n'y a vraiment de liberté que là où il existe un régime de droit... Le régime de droit, lequel est le droit commun dans le monde moderne, constitue la condition essentielle de toute liberté... Le régime

A appliquer rigoureusement ce système on aurait dû écarter de l'usage commun tout ce qui est préventif. En réalité on n'a jamais pu le faire parce que l'intervention administrative eût été insuffisante; il a fallu faire une part au procédé préventif et par suite au régime de police. On l'a fait en admettant un trait de ce régime : la *réglementation préventive*¹. Mais par contre, et c'est là que la distinction reprend sa netteté, on a rigoureusement banni de l'usage commun la pièce maîtresse du système préventif : *l'autorisation préalable*.

Le système préventif comporte en effet toute une échelle d'obligations qui peuvent être imposées à l'avance²; la plus importante est la nécessité d'une autorisation parce qu'avec elle l'activité des particuliers peut non seulement être contrainte de s'exercer d'une certaine manière, mais encore être empêchée. Ainsi on n'a pas gardé pour l'usage commun le pur système répressif, on a néanmoins conservé de ce système ce qu'il a d'essentiel et en tout cas écarté du système préventif sa pièce capitale c'est-à-dire le procédé le plus choquant pour un usage libre.

L'opposition technique des deux types d'usage n'est donc pas d'une façon absolue le régime de droit et le régime de police mais :

La loi de l'usage commun est un *régime répressif de liberté réglementée*³.

La loi de l'usage privatif est un *régime préventif d'autorisation préalable*.

légal de liberté peut être un régime de droit ou un régime de police ou plutôt il doit être en principe un régime de droit. » (*loc. cit.*, p. 603).

1. La réglementation des activités privées est en effet susceptible de revêtir deux modalités : 1° *Réglementation répressive* : c'est celle qui se borne à interdire certaines atteintes au droit et à organiser des sanctions *a posteriori*. 2° *Réglementation préventive* : Elle consiste à imposer à l'avance des actions ou des abstentions qui, sans intérêt en elles-mêmes, ont pour but d'empêcher indirectement l'atteinte au droit de se produire. V. sur cette distinction des deux types de réglementation, BONNARD, *Précis de droit administratif*, 2° éd., p. 13.

2. V. à ce sujet, BONNARD *Note au Sirey*, 1931, III, 1.

3. BECQUET *V° voiture*, p. 23 : « Le régime que consacre le législateur français est un régime de liberté réglementée. En général il n'est besoin d'aucune autorisation pour mettre son véhicule en circulation sur la voie publique et c'est par là que la législation moderne s'oppose à l'ancien droit. » Cette opposition traduit bien ce que DUGUIR appelle l'extension du régime de droit dans les Etats modernes.

Nous voudrions montrer comment sur ces principes s'est modelée l'intervention administrative, en particulier comment en est découlé le régime administratif de l'usage commun.

L'administration intervient auprès des activités individuelles pour les *réglementer*, les *interdire*, les *surveiller*.

§ II. La réglementation de l'usage de la voirie.

L'idée de liberté et de régime de droit impose à la réglementation un certain *contenu* et certains *caractères*.

I. Contenu de la réglementation.

Du point de vue de son contenu, la réglementation doit être réduite au strict minimum, étant donné qu'elle est, du moins la réglementation préventive, un sacrifice fait au régime de police. Le développement intensif de la circulation a cependant obligé à exiger un sacrifice de plus en plus large.

Tant que la traction animale a été utilisée le procédé de la réglementation reste d'un emploi assez restreint, on ne sent pas la nécessité d'imposer aux individus l'observation de certaines règles préventives. La seule chose qui attire vraiment l'attention des pouvoirs publics est la conservation de la voie. Le roulage est beaucoup plus une question de voirie qu'une question de police. Aussi depuis le Directoire les pouvoirs publics prennent-ils l'habitude d'édicter de multiples règlements destinés à protéger le domaine : cette protection est l'idée qui a longtemps dominé toute la domanialité : il suffit de rappeler que sa protection juridique, réalisée par l'inaliénabilité, est restée la grande règle autour de laquelle tournait depuis le *xvi^e* siècle toute la théorie de la domanialité publique. Il n'est pas étonnant que sa protection matérielle réalisée par ce que l'on appelle la police de la conservation et sanctionnée par la vieille procédure de la contravention de voirie ait absorbé longtemps l'essentiel de la réglementation administrative. Il faudra aller jusqu'à l'automobilisme pour

voir se développer vraiment la réglementation de police. Jusque-là la protection des routes reste la préoccupation essentielle du législateur. Cette préoccupation a d'ailleurs des motifs historiques : l'état doublement désastreux des routes françaises et des caisses publiques à l'époque du Directoire.

Au milieu du XIX^e siècle, et par réaction, le libéralisme administratif s'accroît et s'étend à la conservation elle-même : Toute la réglementation générale du roulage tient depuis cette époque dans la grande loi du 30 mai 1851 complétée par le décret du 10 août 1852. Deux traits la définissent : Elle concerne toujours avant tout la police de la conservation. Elle est d'inspiration libérale ; elle pose en effet une règle de liberté : « Les véhicules pourront désormais circuler librement sans condition de poids ni de largeur de jantes » ; la loi de 1851 est un coup de chapeau au libéralisme et au régime de droit.

L'apparition et le développement de l'automobilisme ont vraiment déclenché le système de la réglementation aussi bien générale que locale.

Le premier effet a été d'attirer l'attention sur la nécessité d'une réglementation générale¹ ; on ne peut plus se contenter de sévir, il faut imposer des règles préventives. On réclame un code de la route. Cependant c'est seulement en 1921 que la puissance publique est intervenue, non pas d'ailleurs par l'organe du législateur, mais par celui du pouvoir réglementaire : le décret d'administration publique du 27 mai 1921, appelé Code de la route vint régler l'usage des voies publiques françaises ; il y est fait une large part à la police de la circulation, l'intervention du pouvoir réglementaire s'étend à des objets de plus en plus variés : c'est la première fois notam-

1. La loi de 1851, est toujours en vigueur. On s'est étonné qu'une loi faite à l'époque de la traction animale régie toujours des voies où l'automobilisme a provoqué des problèmes tout à fait nouveaux. Notamment la police de la conservation, bouleversée par l'apparition des poids lourds a fait sentir l'écueil de dispositions libérales suffisantes à une époque où le poids des véhicules était limité naturellement par les possibilités matérielles de la traction. Dans l'affaire Bastin dont nous parlons plus loin, M. HELBRONNER a soutenu brillamment la thèse de l'inapplicabilité de certaines dispositions de la loi aux modes de traction apparus depuis 1851.

ment qu'elle règle l'activité de cet usager qu'est le piéton et qui est pourtant l'usager-type des voies publiques¹.

Depuis le code de la route, le pouvoir réglementaire est intervenu par voie de décrets et d'arrêtés ministériels de plus en plus fréquemment².

La police de la conservation a dû elle-même se plier aux exigences nouvelles : pour la première fois depuis 1851, le décret-loi du 30 juin 1934 apporte une limitation aux poids et chargements des véhicules admis à circuler.

Mais c'est surtout le développement de la réglementation locale qui fait apparaître croissante l'intervention administrative : elle s'est enrichie d'une floraison d'arrêtés dans toutes les communes et dans tous les départements de France, elle a les contenus les plus divers.

II. *Caractères de la réglementation.*

Mais, d'autre part, cette intervention est soumise à certaines règles, à certains principes qui découlent de deux sources : la première tient au caractère même de l'intervention de police, au régime du pouvoir de police ; ces règles se retrouvent chaque fois que l'administration agit dans l'exercice de son pouvoir de police. D'autres règles tiennent plus spécialement aux caractères de l'activité réglementée, à ce qu'il s'agit de l'usage commun et aux caractères de cet usage. Ce sont ces dernières qu'il faut surtout mettre en lumière :

1° *L'égalité des usagers.* — Cette règle a des raisons nombreuses : elle procède de l'égalité devant la loi, devant les libertés publiques, devant le service public. Mais elle procède aussi de l'unité de la catégorie de l'usage commun ; de cette

1. Cette apparition du piéton dans la réglementation administrative marque bien l'extension de l'intervention policière : il faut ajouter les nombreuses réglementations locales qui concernent cet usager notamment celles qui concernent les passages cloutés.

2. Le décret du 27 mai 1921 a été remplacé par celui du 31 décembre 1922 qui constitue le « Code de la Route » actuel.

idée que tous les usagers communs réalisant le même usage doivent être traités de la même façon.

On peut même ajouter que si elle est un des caractères de la réglementation, elle entraîne aussi elle-même l'emploi obligatoire du procédé réglementaire. La décision individuelle n'est admise que pour appliquer un statut général ; la situation objective caractérise l'usage commun, la situation individuelle y est inconnue : l'administration ne peut jamais imposer à l'usager commun des conditions individuelles et en particulier des conditions financières ; il n'est pas inutile de voir sous cet angle, l'annulation d'arrêtés soumettant l'usager à l'obligation de payer une redevance¹ ou de verser des sommes pour la réparation de la voie². Sans doute les règles de l'intervention financière et le principe de la gratuité suffiraient à les justifier. L'idée d'égalité y trouve aussi sa part : la décision est incorrecte parce qu'elle transforme la situation de l'usager en une situation individuelle.

Le principe d'égalité se manifeste sous deux formes en apparence contraires :

Illégalité des distinctions injustifiées³.

Illégalité des assimilations injustifiées⁴.

2^o *Limitation de la réglementation.* — Il ne faut pas oublier que le régime de l'usage commun doit rester autant que possible un régime de droit. La réglementation préventive est une concession au régime de police. La jurisprudence le rappelle de deux façons :

D'abord chaque fois qu'elle le peut l'administration doit se contenter d'indiquer à l'usager le but à atteindre, au lieu

1. Trib. simple police de Beaune-la-Rolande, 1^{er} mars 1933 (*Vie communale et dép.* mai 1933 p. 260 : arrêté municipal soumettant au paiement d'une taxe l'autorisation de circuler sur les voies publiques.

2. C. E. Renault, 27 juillet 1928, v. plus loin.

3. C. E. Castillon du Perron, 13 juin 1901 : on ne peut interdire la circulation des voitures caractérisées seulement par leur mode de chargement.

4. C. E. 6 mai 1899 (*Cook*). Le maire n'a pu assimiler les voitures d'excursion au régime des voitures de place. On en verra plus loin un autre exemple dans l'affaire Genthon où le maire de Lyon avait soumis la taxe de stationnement au régime de l'abonnement, faisant ainsi payer aussi lourdement l'étranger de passage que l'habitué des rues lyonnaises.

de lui imposer des obligations préventives. En dehors du domaine d'application de la loi du 15 février 1902 sur la santé publique, c'est le procédé employé à l'égard des propriétés privées, procédé dit de l'injonction de police : l'administration ne peut qu'enjoindre au propriétaire de faire disparaître par les procédés qu'il jugera convenables la cause du trouble¹. Ce procédé doit donc être préféré même à l'égard des usagers de la voie publique². D'autre part il faut rattacher à la même idée, au moins en partie, la répugnance pour des mesures à portée trop générale : l'administration ne doit prendre que le minimum de mesure adaptée à la situation qui l'exige vraiment³. Sans doute c'est là en même temps une règle de toute intervention de police ; elle se rattache donc aussi à la nature du pouvoir exercé par l'administration ; mais elle traduit aussi l'idée que la réglementation préventive n'étant pas de l'essence du régime de droit, doit être limitée à tous les points de vue. Cela se traduit par exemple par la préférence accordée au règlement temporaire sur le règlement permanent⁴. C'est ce qu'on pourrait appeler la règle de la spécialité de la mesure. La préférence du règlement temporaire traduit surtout la spécialité dans le temps ; on va voir plus loin avec l'hostilité aux prohibitions générales apparaître la spécialité dans l'espace.

Cette idée de spécialité n'enlève naturellement rien à ce qu'on vient de dire sur la nécessité de décisions par voie gén-

1. *Palazzi*, 12 mai 1882, p. 450.

2. *C. E.*, 12 juv. 1892, *Rogier*, p. 129. Transports de plâtre : le maire ne peut qu'enjoindre aux voituriers de prendre les précautions nécessaires pour qu'il n'y ait pas de plâtre répandu sur la chaussée.

3. *Cass.* 9 mars 1929, *D. P.* 1930.1.28. « L'arrêté s'est borné à établir entre deux situations différentes une distinction légitime, en se conformant à cette règle qu'une prohibition réglementaire doit être limitée aux cas strictement nécessaires. »

4. Cette distinction, faite par la loi (5 avril 1884 art. 95) qui accorde plus de pouvoir, au maire dans le cas de règlement temporaire que de règlement permanent est précisée dans notre matière par la jurisprudence : *D. P.* 33. 1.168. Il s'agit d'un arrêté portant retrait de l'autorisation de faire stationner dans une rue. La Cour de cassation constate que l'arrêté n'étant ni général dans son objet, ni indéterminé quant au lieu est un règlement temporaire bien que la durée soit indéterminée. Cet arrêt met bien en évidence l'importance du caractère *limité* de la mesure de police, limité à un point de vue quelconque.

rale, nécessité qui découle à la fois de l'égalité des usagers et des caractères techniques de l'intervention réglementaire. Elle n'implique pas le droit de fixer individuellement le statut de l'usager. La situation de l'usager reste une situation générale et l'intervention administrative demeure « par voie générale ».

§ III. L'interdiction de l'usage.

En soi l'interdiction paraît inconciliable avec un régime de liberté et de droit. Ce serait là cependant une conclusion excessive : Dans toute réglementation il y a une part d'interdiction, ne fût-ce que dans la plus banale, l'imposition d'un sens unique, que la jurisprudence a reconnu comme une mesure correcte (Ast, 28 mai 1924).

A quel moment s'opère donc le passage de la réglementation à l'interdiction ? La jurisprudence répond par la distinction de l'interdiction absolue et relative. On tient compte de trois éléments : le temps, l'espace, la catégorie des véhicules. La mesure prise ne doit jamais aboutir à une interdiction absolue de l'un quelconque de ces trois éléments :

Elle ne doit pas être absolue pour le véhicule : l'administration ne peut interdire la circulation de certains véhicules¹, mais elle peut interdire la circulation de certains véhicules à certaines heures² — ou encore sur certaines voies³.

Illégalité de l'interdiction de circuler sur une voie⁴. Le conseil d'Etat ajoute qu'une pareille mesure aboutirait à un

1. *C. E.*, 27 janv. 1927, S. 1928.3.84 : Le maire ne peut interdire la circulation de tous les camions automobiles sur les chemins ruraux de la commune.

2. 27 janv. 1899, p. 53 : *Sté des chemins de fer sur route d'A. gérie*. Interdiction de la circulation des voitures à vapeur pendant toute la matinée du 14 juillet.

3. *Mis.* 5 juin 1921, *R. D. P.* 1921, p. 528. Interdiction par le maire de Toulon de la circulation sur le boulevard de Strasbourg de « certaines catégories de voitures particulièrement encombrantes ».

4. *Ast*, 28 mai 1924, *D. H.*, 24, 626. « Le maire de Roubaix... n'a pu, sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de propriété prononcer l'interdiction générale et absolue sur tout le parcours envisagé et sans aucune réserve pour la desserte des maisons riveraines, de tous les véhicules à traction mécanique et animale. »

déclassement de la voie¹. Mais est correcte l'interdiction de circuler sur une voie à certaines heures² ou encore la circulation sur une voie de certains véhicules.

Enfin illégalité de l'interdiction de circuler à certaines époques³ si cette interdiction ne s'adresse pas spécialement à certains véhicules ou à certaines voies.

Dans l'affaire *Mis*, M. Corneille résumait le système par la formule suivante : « L'interdiction absolue de circuler pour certains véhicules, l'interdiction absolue pour tous les véhicules de circuler à certaines heures, l'interdiction absolue d'une certaine voie pour tous les véhicules... sont les seules interdictions que prohibe votre jurisprudence. » (*R. D. P.*, 1921, p. 528).

Ce système logique et qui enlève à l'interdiction ce qui la rend incompatible avec un régime de droit : son caractère absolu, traduit encore l'idée de spécialité de la mesure ; il est précisé de plus par certaines règles établies par la jurisprudence :

D'abord l'interdiction relative est elle-même écartée lorsqu'elle aboutit en fait à une interdiction absolue : ainsi l'autorité de police ne peut interdire aux troupeaux la circulation sur les chemins ruraux menant aux pâturages, cette mesure équivalant à l'interdiction du pâturage (7 janvier 1902, Paris). Cette remarque touchant au résultat de fait a son importance : on aura l'occasion de l'utiliser plus tard pour expliquer les différents régimes imposés au stationnement.

D'autre part cet esprit réaliste et pratique, qui est un trait banal de la méthode du Conseil d'Etat se traduit d'une autre façon par ce qu'on pourrait appeler le système des compensations : même lorsque l'interdiction n'est que relative le Conseil invite l'administration à accorder des compensations

1. *Moreau* 1911, p. 558. L'interdiction de la circulation dans une rue aboutit à une « désaffectation de la voie qui ne pourrait être prononcée que dans les formes prévues ».

2. *Asi.* précité : « Si le maire pouvait fixer... les époques où leur passage serait totalement prohibé ».

3. 1912, p. 240 : Illégalité de l'interdiction du transport des gadoues du 1^{er} mai au 1^{er} septembre sur tout le territoire de la commune.

à l'usager dont on a exigé des sacrifices (Il constate par exemple qu'en interdisant à des camions lourds la circulation sur un grand boulevard de Toulon, on leur a ménagé d'autres itinéraires favorables : aff. Mis précitée, cf. D. H. 32.352 : l'arrêt constate que ce maire a pris des dispositions pour que les voitures suivent d'autres voies, et surtout arrêt du 11 décembre 1933 analysé plus loin : l'administration, qui a exigé des riverains des sacrifices exceptionnels doit leur ouvrir dans un rayon assez rapproché des parcs de stationnement gratuit.)

Enfin le Conseil d'Etat applique les règles de la police : une interdiction même relative n'est licite que s'il y a des motifs de fait suffisamment graves pour l'exiger¹. C'est l'application de cette règle qu'en matière de police il n'y a jamais pouvoir discrétionnaire². C'est là sans doute la seule différence qu'il y ait entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la Cour de cassation laquelle n'étant pas juge du fait ne peut apprécier les motifs de fait des décisions et qui d'ailleurs impose la même abstention aux tribunaux inférieurs par un raisonnement que nous aurons l'occasion de critiquer plus tard. En dehors de là les deux juridictions adoptent le même point de vue et la même distinction des interdictions absolues et relatives. C'est à tort selon nous qu'on a voulu voir une divergence de vue entre leurs deux jurisprudences³.

1. C. E. *Paillés* : Illégalité d'un arrêté municipal interdisant la circulation de certains véhicules de 6 h. du soir à 6 h. du matin « eu égard, ajoute le C. E., aux circonstances de fait dont il y a lieu de tenir compte dans chaque commune.. le maire a excédé les pouvoirs qu'il tient de la loi pour assurer dans des conditions normales le repos des habitants ».

2. M. Jèze déclare cependant (*R. D. P.*, 1921, p. 527) : « Les pouvoirs de police des maires sont discrétionnaires mais ils ne sont pas arbitraires » la formule est certainement excessive. On ne voit pas quel sens il faudrait donner au mot discrétionnaire pour pouvoir l'appliquer au pouvoir de police.

3. Note anonyme dans S. 1925. III. 7 et 48 : il y aurait entre les deux juridictions une différence d'appréciation quant à l'étendue des pouvoirs du maire et le caractère trop absolu ou non des interdictions: l'annotateur ajoute que le Conseil d'Etat ne s'astreint pas à des formules rigides : « Juge, mais en même temps supérieur hiérarchique, il apprécie chaque cas particulier en tenant compte des circonstances de fait. » Les deux jurisprudences nous paraissent au contraire concordantes : Cass., 12 mai 1916, S. 1918-19.1.108 : « Considérant que l'arrêté en question n'édicte pas une interdiction absolue qui pourrait être contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ». Le point de

§ IV. La surveillance de l'usage : déclaration, autorisation.

C'est ici surtout que vont s'opposer l'usage commun et l'usage privatif, que va s'affirmer le point de vue traditionnel. La surveillance des activités privées comporte en effet deux modalités : le procédé de la *déclaration* et celui de l'*autorisation préalable*.

Le premier est un procédé répressif¹, le deuxième un procédé préventif.

I. *L'usage commun* ne doit donc pas en principe être soumis à un régime d'autorisation. « Il faut que la circulation puisse s'effectuer sans autorisation » (Rép. Béquet, v^o *Voiture*, p. 23). La jurisprudence adopte nettement ce point de vue logique : la Cour de cassation déclare que les usagers « tiennent leurs droits de la loi et de leur situation et *non d'une concession de l'autorité* » (D. P. 1907, I, 375). C'est également le système consacré par la loi : sans doute a-t-il toujours existé pour la circulation des véhicules l'obligation d'obtenir certaines autorisations ; mais que l'on ne s'y trompe pas : il s'agit toujours d'autoriser le véhicule lui-même, sa mise en circulation ou sa conduite et non pas l'utilisation du domaine public ; il s'agit donc d'autorisations qui ont un caractère technique (certificat de capacité pour la conduite délivré par le préfet, L. du 10 mars 1899, art. 11 — autorisation du préfet pour le véhicule après avis du service des mines, d^o) — ou même encore un caractère fiscal.

En revanche le régime traditionnel admet très logiquement le procédé de la déclaration : ce procédé a, par exemple, toujours été imposé aux voitures publiques.

II. *L'utilisation privative* est toujours subordonnée à une

vue est, comme pour le Conseil d'Etat, celui du caractère absolu ou relatif de l'interdiction. La différence entre les deux juridictions ne porte pas sur leur opinion quant à l'étendue des pouvoirs du maire mais sur le contrôle différent qu'elles peuvent exercer sur les circonstances de fait dans lesquelles s'exercent ces pouvoirs : ce n'est pas « en même temps supérieur hiérarchique » qu'il fallait dire pour caractériser le contrôle du Conseil d'Etat mais : « en même temps juge du fait ».

1. Sur le caractère répressif du procédé de la déclaration v. la note de M. BONNARD sous l'arrêt *Prungel*, S. 1931.III.1.

autorisation préalable. Cette règle est très bien illustrée par le régime auquel sont soumises les voitures de place : ce régime juridique est essentiellement dominé par les caractères du stationnement de ces voitures¹, par le fait que ce stationnement constitue une occupation *privative normale* de la voie publique.

1° Il s'agit d'une *occupation privative* ; il s'ensuit que cette occupation est subordonnée à un régime de police, à une autorisation préalable. L'autorité administrative garde d'autre part le pouvoir d'organiser cette occupation, de désigner les endroits où elle pourra se faire², de limiter le nombre des voitures admises à stationner³ en un mot d'établir le règlement, le statut de l'utilisation.

2° Il s'agit d'une *occupation normale* : l'administration ayant affecté à cette utilisation des emplacements spéciaux est désormais liée par cette affectation ; il y a en somme sur le domaine public un nouveau domaine plus réduit, qui a son affectation spéciale (le stationnement), qui a sa loi spéciale (le règlement édicté par l'administration), qui a ses usagers spéciaux, à l'égard duquel l'administration est liée par le règlement qu'elle a établi et par l'affectation spéciale qu'elle a créée : elle ne peut par conséquent refuser discrétionnairement l'autorisation de stationner ou se réserver dans le statut qu'elle établit ce droit de refus discrétionnaire, ce qui revient au même⁴. Elle ne peut refuser l'autorisation qu'en

1. Aussi la jurisprudence se refuse-t-elle toujours à assimiler aux voitures de place celles de remise ou d'excursions qui ont pourtant le même caractère mais qui ne « stationnent » pas : *C. E. Cook*, 5 mai 1899, p. 338 (« Si le maire a des pouvoirs très étendus sur les voitures de place c'est parce qu'elles stationnent sur la voie publique »).

2. *Cass.*, 13 janv. 1928, S. 1929.I.279 : « Il appartient au maire, dans l'intérêt de la circulation de fixer les points de la ville où doivent stationner les taxis et de limiter le nombre des voitures qui pourront stationner sur chacun d'eux ».

3. *id.*, cf. *Fabé*, 8 août 1921, p. 843 : Il ne résulte pas des circonstances que la limitation du nombre de voitures admises à stationner ait été édictée dans un intérêt autre que celui du bon ordre et de la circulation.

4. *Witchitz*, 2 juillet 1924, D. 41., 1925.p. 9. Il s'agit d'un marché sur la voie publique. Le régime juridique est le même : dans ce cas comme dans celui de la station de voitures de place il y a affectation spéciale d'un emplacement à un certain usage qui devient de ce fait un usage normal. L'arrêt annule le règlement du maire de Reims qui avait subordonné l'accès d'un marché à une autorisation qu'il se réservait de refuser discrétionnairement.

application du règlement qu'elle a établi (par exemple en application de la limitation du nombre des places) et dans un but de police¹. Le juge contrôle la légalité du refus. Un refus irrégulier peut entraîner la responsabilité de l'administration².

Tels sont, dans leur opposition traditionnelle, le régime de l'usage commun et celui de l'occupation privative.

Dans un arrêt *Carrière* du 13 mai 1927 (*D. P.*, 1928, III, 9) le Conseil d'Etat a très bien illustré cette opposition et les règles traditionnelles de l'usage commun : il s'agissait d'un arrêté d'allure vraiment draconienne par lequel le maire d'une petite commune des Alpes avait réglementé la circulation des touristes en montagne ; l'autorité administrative y faisait largement appel aux procédures préventives : tous les étrangers qui voudraient faire l'ascension des montagnes sur le territoire de la commune devaient se présenter à la mairie, donner leur nom, prénom, âge, pays d'origine et dans le cas où le maire le déciderait, prendre un guide. Le Club alpin français qui déférait l'arrêté au Conseil, avait la partie belle car il y avait là une magnifique collection d'illégalités : détournement de pouvoir (l'arrêté était pris dans l'intérêt privé de certains habitants), violation du principe d'égalité (seules les personnes ne résidant pas dans la commune étaient assujetties), caractère trop absolu de la mesure (« Règlementation, dit le Conseil, générale et absolue, pendant toute l'année, sur tout le territoire de la commune et quels que soient les chemins empruntés »), enfin établissement de procédures préventives et même dans une certaine mesure financières (car l'obligation de prendre un guide n'était probablement pas gratuite). En annulant l'arrêté pour « atteinte à la liberté individuelle » tout en reconnaissant que le maire pouvait « prendre certaines précautions pour prévenir les accidents » le Conseil, en même temps qu'il fait sa part à la règle-

1. *C. E. Clapier*, 8 nov. 1932.

2. *Rabé*, 14 janvier 1921, S. 1925, III, 8.

mentation, marque nettement, en matière d'usage commun du domaine, le triomphe des procédures répressives sur les procédures préventives, du régime de droit sur le régime de police.

Nous ne pouvons mieux faire pour terminer cette description du régime traditionnel que de citer ces lignes de l'ouvrage de M. Trotabas. Elles expriment parfaitement les principes de ce régime.

« Il n'y a véritablement liberté individuelle que dans la mesure où une liberté a été définie *en dehors de toute disposition préventive*. On peut dire d'une manière générale que le « préventisme » se traduit nécessairement dans les utilisations du domaine par un mode privatif car il suppose essentiellement une investiture préalable donnée à l'usager.

» L'utilisation commune du domaine suppose donc dans l'ensemble un régime de droit, et non un régime de police. La police n'intervient à l'égard des libertés définies que sur le terrain réduit de l'exercice du droit sans pouvoir atteindre la jouissance¹. »

1. TROTABAS, *op. cit.*, p. 55.

TITRE II

L'ÉVOLUTION DE L'INTERVENTION DE POLICE : LES PROGRÈS DU « RÉGIME DE POLICE »

On a vu ce qu'était dans la conception traditionnelle l'intervention administrative : l'usage commun des voies publiques révèle des *libertés individuelles* qui ne peuvent être supprimées par voie administrative mais seulement réglementées dans leur exercice. Cette réglementation doit elle-même se faire sous un régime de droit ; un régime de police ne peut être institué que dans le cas d'une occupation privative.

Ces règles de l'intervention administrative se sont singulièrement transformées. De plus en plus l'usage commun de la voirie est soumis à un régime qui s'éloigne du régime de droit. D'abord se développent des réglementations spéciales ; mais surtout on voit se glisser et s'étendre dans le cadre de l'usage commun le procédé de l'*autorisation préalable*. Avant d'utiliser la voie l'usager doit entrer en rapport avec l'administration ; son statut reste d'ordre objectif mais il y a maintenant à son origine un acte-condition.

C'est que l'on s'est placé pour apprécier les activités individuelles à un point de vue qui n'est pas entièrement nouveau mais sur lequel on a insisté davantage : on envisage l'activité non plus seulement comme constituant l'exercice d'une certaine liberté mais aussi une certaine *utilisation du domaine* ; l'activité privée doit être appréciée d'abord en tant qu'exercice d'une liberté publique et de ce point de vue le pouvoir

de police est assez limité à son égard mais aussi en tant que mode d'utilisation du domaine : ainsi la liberté de l'affichage constitue une liberté publique dont l'administration peut seulement réglementer l'exercice et qui doit s'extérioriser sous un régime de droit, mais la circulation des voitures-annonces constitue non seulement l'exercice de cette liberté mais un mode d'utilisation du domaine que l'administration peut interdire s'il ne répond pas à la destination de la voirie¹.

En définitive dans l'exercice sur le domaine public des libertés individuelles c'est maintenant l'utilisation du domaine qui passe au premier plan.

Or de ce point de vue cette utilisation ne présente pas toujours les mêmes caractères : l'automobilisme a développé des utilisations nouvelles et de caractères très variés; en les appréciant par rapport à la destination de la voie, on a déclaré que certaines de ces utilisations présentaient un *caractère anormal*; ce caractère justifiait un régime administratif nouveau comportant des règles spéciales, une responsabilité de l'usager et surtout, le procédé de l'autorisation substitué au pur système répressif.

La catégorie de l'anormal a donc pris une extension nouvelle; elle s'applique maintenant à toute espèce d'utilisation de la voirie. Nous avons dit combien une classification était toujours impressionnée par les faits : Le développement des utilisations privatives a influencé profondément la théorie à la fin du xix^e siècle; il semble qu'au début du xx^e l'apparition de l'automobile invite de nouveau à sa révision. L'idée d'anormalité paraît même dépasser la théorie des classifications; son utilisation dans la matière des responsabilités fait réfléchir sur la portée qu'elle pourrait avoir : qu'il s'agisse de « dommage anormal », de « défaut anormal d'entretien », « d'inconvénient anormal du voisinage », c'est toujours la même terminologie et dès lors peut-être le même point de vue. L'idée d'anormal serait-elle, en droit administratif, une idée

1. Hostein, 30 mars 1900, S. 1902.3.71.

nouvelle ayant vraiment une valeur, « un concept encore peu étudié en doctrine mais qui apparaît à des titres divers depuis plusieurs années dans la jurisprudence administrative »¹ ?

Avant d'apprécier sa valeur, c'est à ses diverses manifestations qu'il faut, dans ce chapitre, nous attacher.

1. ROUSSEAU, Note au S. 1930.3.74.

CHAPITRE PREMIER

LES ESSAIS D'AUTOMOBILES SUR ROUTE

Parmi les curiosités introduites par l'automobilisme, les essais sur route constituent dans l'usage des voies publiques une des plus frappantes. Curiosité historique sans doute depuis que la création d'autodromes en a transporté les manifestations en d'autres lieux, mais qui garde l'intérêt d'avoir provoqué d'intéressantes réactions juridiques et en particulier l'une des premières applications des tendances nouvelles. La région parisienne s'est, au lendemain de la guerre, constellée de maisons de constructions pour lesquelles la route est restée longtemps un champ d'expériences commode. Une pareille utilisation présentait deux sortes d'inconvénients : inconvénients pour la circulation, sûre et tranquille, des autres usagers — inconvénients pour l'intégrité de la voie que des vitesses inaccoutumées et des freinages répétés et brusques compromettaient rapidement. Elle a soulevé à ce double titre deux questions :

1° Pareille activité pouvait-elle être interdite ou du moins soumise à des réglementations sévères ?

2° L'usager pouvait-il être tenu pour responsable des dégradations commises ? Pouvait-on même lui imposer à l'avance l'engagement de participer aux frais de réparation ?

Vues sous l'angle habituel, ces questions comportaient une réponse certaine : l'usager exerce sur les choses publiques sa libre activité. Cet exercice doit se faire sous un régime de droit, comportant seulement certaines réglementations ; en tout cas le statut de l'usager doit rester d'ordre objectif,

il n'admet pas la possibilité de conditions individuelles en particulier de conditions dans un intérêt financier.

Enfin la réparation de la voie doit rester une charge publique, la jurisprudence en a maintes fois rappelé le principe. S'agit-il d'une commune qui cherche à faire payer à un meunier la réparation d'un pont qu'il fatigue à lui seul plus que tous les autres habitants ? La cour de Nancy lui répond que « celui qui dans une ville se sert de la voirie publique use d'un droit incontestable et corrélatif des charges et obligations qu'il supporte comme habitant, comme contribuable, comme citoyen » (Ville de Commercy, 31 août 1867, D. P. 1868.11. 150).

Le Conseil d'Etat a écarté le jeu absolu de ces principes, il a estimé qu'il s'agissait d'un type de circulation qui ne pouvait être regardé « comme un usage des routes conforme à leur destination ». La voie publique n'est pas une piste, un champ d'expériences, le constructeur qui s'en sert dans ce but fait du domaine public une utilisation anormale. Les conséquences sont importantes pour le régime administratif et pour celui de la responsabilité.

1^o Les règles du régime administratif ont été posées à l'occasion de la requête de la Société Renault le 27 juillet 1928 (S. 1929, III, 103)¹ :

Le pouvoir de police est élargi : il comporte des réglementations spéciales : fixation des itinéraires, des jours et heures où les essais pourront avoir lieu, il comporte surtout le régime de l'autorisation préalable.

Mais il reste dans des limites que le conseil rappelle sévère-

1. « Il appartient au préfet de soumettre ces essais à toutes les restrictions que comporte l'intérêt général, il peut notamment fixer les itinéraires, jours et heures où les essais pourraient avoir lieu.. Considérant qu'afin d'éviter une réglementation trop restrictive le préfet de Seine-et-Oise a institué pour ces expériences un régime d'autorisation après examen des demandes des intéressés par les services compétents, que ces dispositions n'ont en l'espèce rien d'abusif alors qu'il résulte de l'ensemble de son arrêté que l'administration, qui ne conteste pas que tous les intéressés se trouvant dans la même situation doivent être traités sans préférence ni faveur, se propose uniquement de tenir compte pour la délivrance des autorisations de l'intérêt de la voie publique et de la circulation. »

ment : l'octroi des autorisations ne comporte jamais pour l'autorité de police un pouvoir discrétionnaire. D'autre part il ne peut être subordonné à la condition de participer aux frais d'entretien de la voie ; pour le conseil, comme pour la Cour de cassation¹, une pareille mesure « prise en vue des intérêts financiers de la collectivité » est entachée de détournement de pouvoir.

2° La règle traditionnelle de l'irresponsabilité est de même écartée. Elle ne s'applique plus en effet que si l'essai du véhicule est pratiqué dans les conditions normales, « n'excédant pas les conditions ordinaires de la circulation² ». En revanche si l'utilisation présente des caractères matériels de vitesse, de fréquence, excédant ces conditions ordinaires, l'usager n'est plus protégé par les principes de l'usage normal de la voirie ; il commet « une faute » qui entraîne sa responsabilité³. Ce point de vue, qui résulte de l'opposition de l'arrêt Brasier (10 avril 1910) et d'un arrêt Renault (21 mars 1923) introduit déjà une idée nouvelle : l'usage anormal y est apprécié non plus par son but mais par ses caractères extérieurs, matériels ; les dégradations causées à la voie par les véhicules de poids lourd vont fournir de ce point de vue nouveau une autre illustration.

1. *C. E.*, 27 juillet 1928 précité et *Cass.*, *L. H.*, 1924, p. 165. : « Il n'appartient pas à l'administration de subordonner la délivrance de l'autorisation à l'engagement préalable et formel de participer à la réparation et à la consolidation de la voie publique aux conditions et dans la mesure qui seront dans chaque cas particulier fixés par l'arrêté d'autorisation. »

2. *C. E.*, 21 mars 1923. *Renault*, *Rec.* p. 259.

3. *C. E.*, 10 avril 1910. *Brasier*, *R. D. P.*, 1910, p. 695.

CHAPITRE II

LES AUTOMOBILES « POIDS LOURDS »

De toutes les questions que pose ou rajeunit l'usage généralisé de l'automobile c'est une des plus irritantes que celle de la protection de la voie et des dégradations des routes. Rendue particulièrement aiguë par la détresse des budgets locaux, elle se manifeste dans le droit public sous de multiples aspects. Cette question se pose ici d'une manière spéciale : lorsque l'automobilisme a fait apparaître sur les routes et les chemins les véhicules de poids lourd, l'administration s'est trouvée à peu près désarmée à leur égard : elle avait bien des pouvoirs de police de la conservation, mais ces pouvoirs lui permettaient seulement de réglementer l'exercice des libertés ; or elle s'est souvent trouvée en présence de véhicules de poids exceptionnel qui défongeaient et mettaient hors d'usage des chemins faits pour d'autres utilisations. Les principes généraux de la police ne pouvaient permettre d'interdire de pareilles circulations. Encore moins la législation en vigueur dont le libéralisme consacrait la liberté des poids.

I. L'idée de dégradation extraordinaire.

La question s'est posée sous une autre forme ; c'est même essentiellement sous cette forme qu'elle s'est posée d'abord : les collectivités avaient à supporter souvent la charge de dégradations causées par quelques usagers : l'équité semblait exiger que l'usager participât à la dépense. Or ici encore les

principes du droit, fixés sur l'irresponsabilité et la gratuité, ne permettaient aucune intervention dans ce sens.

Il y avait bien ici une loi, et cette fois dans le sens désiré, mais d'une portée limitée et d'un point de vue spécial :

La loi du 21 mai 1836 instituait un régime de subventions industrielles pour dégradations extraordinaires aux chemins vicinaux¹. L'idée de cette loi est claire : il ne s'agit nullement de distinguer certains types d'utilisation, mais de rétablir l'égalité devant les charges publiques. Ce qui apparaît en premier lieu, c'est l'idée de dégradation exceptionnelle et la nécessité d'appliquer un principe de justice financière. Ce n'est pas l'usage qui est en question mais son résultat ; il existe une ligne normale, moyenne de dépenses budgétaires ; il existe aussi une usure normale et, au contraire, des dégradations exceptionnelles, anormales, qui en équité doivent être mises à la charge de l'usager. Sans doute était-ce au contraire une tendance du système financier de considérer de plus en plus la réparation comme une charge publique ; mais ici précisément, dans un cas où l'égalité est lourdement rompue au profit d'un seul, le système de la réparation du dommage est substitué au système de la charge publique.

Ce point de vue dominant de la dépense moyenne, et de la dégradation exceptionnelle ne se traduit pas seulement dans, l'expression de « dégradation extraordinaire » mais dans le système pratiqué : on établit dans chaque cas une moyenne des dépenses budgétaires que nécessitait l'entretien du chemin vicinal au moment où l'exploitation est apparue : cela constitue la dépense normale ; la différence avec les dépenses entraînées depuis lors constitue la dégradation extraordinaire que l'usager doit supporter sous la forme d'une subvention².

1. V. DIGNAC, *Les subventions industrielles pour dégrad. extr. aux chemins vicinaux*. Le principe de la loi est ainsi formulé dans son article 1 : « Toutes les fois qu'un chemin vicinal entretenu en état de viabilité par une commune est habituellement ou temporairement dégradé par des exploitations de mines, carrières, forêts ou toute entreprise industrielle appartenant à des particuliers, établissements ou à l'Etat il peut y avoir lieu d'imposer aux entrepreneurs ou propriétaires... des subventions spéciales ».

2. C. E. 1883, p. 913. cf. 6 juillet 1864.

Et cependant il y a peut-être déjà dans cette loi, comme le germe d'une autre idée, d'un autre point de vue; on y envisage en effet à côté des résultats de l'utilisation, la qualité de l'usager : seules certaines activités, les entreprises industrielles sont assujetties à la loi; il y a là un autre aspect de la règle d'égalité : il ne faut pas qu'un individu s'enrichisse aux dépens de la collectivité, qu'un industriel s'enrichisse aux frais de la masse des contribuables¹. Voilà déjà à côté de l'idée pure de dégradation extraordinaire, l'indice d'un nouveau point de vue que l'on utilisera largement plus tard, notamment pour l'appliquer aux transports publics : on doit apprécier l'usage de la voie d'après le but indirect poursuivi et notamment soumettre à un régime exceptionnel les utilisations qui constituent une exploitation professionnelle de la voie au profit de certains usagers.

Sans doute n'est-il pas encore question d'usage anormal du moins dans la loi elle-même : mais en décidant que les voitures publiques ne peuvent être soumises à la loi « parce qu'elles ne font qu'user normalement du chemin dans les conditions de sa destination » le Conseil d'Etat n'entendait-il pas déplacer le principe de la responsabilité de l'idée de dégradation exceptionnelle vers celle d'usage anormal²?

II. L'idée d'usage anormal.

En définitive ni les principes du droit, ni la législation en vigueur ne permettaient une intervention complète ayant pour effet soit de protéger la voie, soit de rétablir l'égalité des charges publiques. C'est alors que l'on a songé aux principes de la domanialité et aux notions qu'elle comporte : On a puisé dans la catégorie de l'*usage anormal*. On y était d'autant plus

1. Sur cette idée, v. *Rev. gén. d'Admin.*, 1886, III : *Subventions spéciales pour dégradations des chemins vicinaux*.

2. *C. E.*, 18 avril 1861-28 déc. 1869. Mais il faut noter que par contre dans le dernier état de la jurisprudence le Conseil d'Etat paraît s'attacher moins au caractère propre de l'entreprise qu'à son importance et à l'importance des dégradations causées (*C. E.*, 30 juin 1922, *Concl. Tardière*).

poussé que les véhicules apparaissaient par leur poids inaccoutumé comme sortant vraiment des habitudes.

Mais de ce fait, la notion d'usage anormal a acquis un sens nouveau : sans doute pouvait-on à la rigueur concevoir que cet usage était contraire à la destination de la voie, mais c'est par les ravages qu'il produit et non par le but poursuivi ; l'usage anormal devient nettement celui qui par ses caractères excède les conditions ordinaires de la circulation ; le Conseil d'Etat va le dire lui-même : l'usage anormal est celui qui produit des dommages anormaux¹.

1° *La réparation.* — La théorie s'est d'abord développée pour engager la responsabilité de l'usager : en notre matière l'idée d'anormal s'est introduite pour permettre en dehors de la loi un système de réparation.

C'est le 27 février 1914 que le Conseil d'Etat en a fait pour la première fois l'application : il s'agissait d'un camion automobile d'un poids inaccoutumé que des entrepreneurs faisaient circuler douze fois par jour sur une même portion de route et qui avait labouré la voie comme une charrue. Il était ici impossible de parler d'une faute, puisque la loi de 1851, applicable dans l'espèce, établit la liberté des poids : il fallait faire appel au système objectif de la contravention de voirie, système qui base la responsabilité sur le pur lien matériel entre l'activité et le dommage en dehors de tout élément intentionnel ; mais ce système ne peut évidemment jouer à l'égard de l'usager qui exerce son droit d'utiliser un bien public ; pour écarter cet obstacle, le Conseil d'Etat fait appel à l'idée d'usage anormal².

Parti d'une idée de pure justice financière, on était parvenu par l'idée de dégradation anormale à celle d'usage anormal.

2° *L'interdiction.* — On a tiré de cette idée des conséquences nouvelles sur des plans différents : du plan subjectif de la ré-

(1 et 2). *Bastin et Lombard, 27 fév. 1914, S. 1914.III.84. Concl. Heilbronner, Note Hauriou.* « Considérant que le seul fait de mettre en circulation un véhicule d'un poids considérable susceptible de causer à la voie publique par son seul passage des dégradations profondes constitue un usage anormal de la route. »

paration l'usage anormal est passé au plan objectif de la réglementation. Le Conseil d'Etat a jugé qu'un pareil usage pouvait être soumis à un régime de police et être interdit sur certaines voies : Un arrêt Rolquin reconnaît à l'administration le pouvoir de limiter le poids des véhicules de transport public « pour remédier à l'usure anormale des routes empruntées par ces véhicules¹ ».

Sans doute paraît-on revenir là à l'idée d'usure anormale² et se placer de nouveau au point de vue du résultat plutôt qu'à celui de la nature de l'activité. Cette idée paraît confirmée par une décision du 11 juin 1920 dont le texte écarte l'expression d'usage anormal, ce qui est d'autant plus frappant que, sur une question identique de responsabilité, les requérants avaient utilisé les termes même de l'arrêt Bastin ; le Conseil y juge que « les dégradations causées à la voie publique ont eu à raison de leur importance un caractère exceptionnel et ont constitué une usure de la route excédant les risques d'une circulation normale »³. Cette formule est peut-être une indication nouvelle. Signalons seulement que nous aurons l'intention de l'utiliser plus tard.

Mais par contre une décision du 3 février 1926 revient nettement à l'idée d'usage anormal ; elle consacre à l'égard de cet usage un régime administratif d'interdiction³. Il s'agissait d'un entrepreneur qui dégradait complètement un chemin rural en l'utilisant pour desservir son exploitation à l'aide de camions d'un poids considérable, le plus curieux est qu'il était soumis au régime des subventions industrielles : en décidant que le maire avait pu « interdire temporairement l'accès de certains chemins à des véhicules circulant dans des conditions qui constituent un usage anormal de la route » le Conseil¹ d'Etat, en même temps qu'il revient à l'idée d'usage anormal, consacre pour lui le régime de police comme celui de la responsabilité.

1. Rolquin, 5 juin 1931, S. 1932.III.69.

2. C. E., 1920, p. 969.

3. Société forestière de Paimpont, D. P., 1928.III.48.

CHAPITRE III

LES TRANSPORTS PUBLICS RÉGULIERS

L'intervention de l'administration se présente ici d'une manière nouvelle parce que l'utilisation envisagée est elle-même complexe; il est essentiel d'en préciser dès l'abord les différents aspects.

Les entreprises de transports revêtent deux formes :

Entreprises de transports individuels (voitures de place, fiacres, taxis).

Entreprises de transports réguliers en commun (omnibus, autobus).

D'autre part l'activité de toute entreprise de transport intéresse l'utilisation de la voirie de deux manières :

1° *L'utilisation dans son ensemble* présente une double particularité : son *but* qui est de fournir au public des moyens de circuler et à l'entrepreneur un moyen d'exploiter commercialement cette circulation, son caractère de *régularité*, ce trait concernant uniquement les entreprises de transport en commun.

2° Le *stationnement* qui se présente sous deux formes très, différentes : d'une part sous la forme d'*occupations privatives* c'est le cas du stationnement des voitures de place aux stations et des autobus sur les emplacements qui leur sont réservés aux terminus — d'autre part sous la forme de cette *utilisation commune* que constituent les arrêts en cours de route, utilisation qui présente elle-même un caractère très particulier soit à raison de son *but* (qui n'est pas la desserte d'un

immeuble), soit à raison de sa *régularité* (pour les transports en commun).

Toutes ces activités ne vont pas nous retenir ici. D'abord on va laisser de côté les entreprises de transports individuels parce que leur régime administratif est resté le même qu'autrefois. On étudiera uniquement l'évolution qui s'est produite pour les transports en commun. D'autre part pour ces transports il s'est produit surtout une évolution dans l'intervention des agents publics exercée dans un but économique, nous retrouverons cette évolution dans la deuxième partie de notre thèse; on va s'occuper ici uniquement de *l'évolution du régime administratif des transports réguliers*. Cette évolution a consisté à considérer cette utilisation comme une *utilisation anormale* et à la soumettre à un régime de police comportant des *réglementations spéciales* et le système de *l'autorisation préalable*.

I. Application du régime de police.

L'utilisation en question semblait plus que toute autre postuler un régime de droit; plus que toute autre en effet elle traduit l'exercice d'une liberté publique essentielle et consacrée par la loi : *la liberté du commerce et de l'industrie et spécialement des transports*. Logiquement le régime des transports publics était en effet, depuis la Révolution, organisé sous un régime de droit : il comportait seulement le procédé de la déclaration¹.

Mais on s'est placé ici encore à un autre point de vue; au lieu d'envisager l'activité en elle-même on a distingué cette activité protégée par la liberté du commerce et l'utilisation qui est faite du domaine public. On a déclaré qu'il y avait là une utilisation anormale.

1. *Loi des 26-29 août 1790* : supprime le régime de l'autorisation. Cette loi est complétée par la suppression du monopole des transports réguliers. La législation confirme par la suite le régime de droit : *Loi du 25 vendémiaire an III*. *Loi du 30 mai 1851*. On n'établit que des réglementations à but fiscal (*Loi du 26 mars 1817*).

D'abord on s'est avisé que cette circulation présentait des inconvénients particuliers par ses caractères mêmes : par les dimensions des véhicules, la fréquence des arrêts, la régularité des passages, c'est le caractère *dangereux* que l'on a d'abord aperçu et on l'a ressenti encore davantage avec l'automobilisme ; plus encore que l'omnibus, l'autobus a paru une utilisation anormale de la voie.

Mais on a envisagé aussi un autre point de vue : celui du but poursuivi ; on s'est placé là sur un terrain plus solide en revenant à une conception plus juridique de l'usage anormal : ce point de vue a été d'abord dégagé pour le stationnement : le stationnement, a-t-on dit, n'est un usage normal de la voie que lorsqu'il a pour but la desserte des riverains, or ce caractère ne se retrouve pas ici¹. On est allé plus loin : l'entreprise dans son ensemble fait un usage anormal de la voie : en effet la voie publique est un moyen de circuler, or l'entreprise de transport n'en fait pas un moyen de circuler mais l'objet d'une exploitation commerciale, la route est pour le transporteur non la voie où l'on passe, mais l'instrument d'une industrie, le but poursuivi n'est pas la circulation mais l'exploitation de la voie pour des fins lucratives².

On a trouvé dans cette idée le principe d'une double intervention de l'Administration.

Au titre de ses pouvoirs de police l'Administration doit pouvoir intervenir pour instituer un régime de police comportant notamment compétence pour autoriser l'usage anormal³.

D'autre part, en présence de cet usage anormal du domaine l'Administration devrait pouvoir intervenir comme propriétaire du domaine pour faire payer l'usage anormal et pour lui imposer une réglementation dans un intérêt économique.

1. *J. Barthelemy, R. D. P.*, 1904, p. 507.

2. *Laroque, note au S.*, 33. III.43.

3. *Laroque, d'* : « Pouvant réglementer les usages anormaux de la voie publique, l'Administration tire des principes généraux de la domanialité publique le fondement d'une réglementation des transports publics comportant un régime d'autorisation. »

Le caractère anormal entraînerait donc une triple intervention : *administrative, financière, économique*, basée sur des principes nouveaux.

C'est uniquement l'intervention administrative que l'on va voir ici dans son évolution. Cette évolution fait apparaître l'emploi de réglementations spéciales et surtout celui de l'autorisation préalable.

II. Extension du régime de police

L'application du régime de police s'est réalisée progressivement : d'abord dans les agglomérations urbaines, puis dans le cadre du département, enfin dans celui de l'Etat.

1° *Dans les agglomérations urbaines.* — La nécessité d'un régime de police s'est fait sentir d'abord dans les agglomérations urbaines. Il n'est pas surprenant que la grosse objection soit la liberté du commerce et de l'industrie : c'est cette objection que l'on retrouve inmanquablement dans les prétentions des requérants on se sent beaucoup plus fort derrière la liberté économique que derrière la liberté administrative. Mais dès la deuxième moitié du XIX^e siècle on admet pour les maires le pouvoir de soumettre dans les villes les entreprises de transport à un régime d'autorisation et par suite de limiter le nombre des usagers ; mais ce régime ne peut être établi que dans un but et pour des motifs de police.

Institué d'abord à Paris et à Marseille, ce régime a soulevé des protestations qui ont permis aux tribunaux de dire le droit. Dès 1830 la jurisprudence distingue la liberté économique d'organiser une entreprise et l'utilisation du domaine. Elle a consacré la légalité du régime d'autorisation dans deux décisions bien connues qui à la fois traduisent l'accord des deux juridictions et apportent chacune à la théorie sa contribution particulière.

Dans l'arrêt Anjouvin du 24 février 1858 (*Toutes Chambres réunies, président Troplong, Concl. Dupin, S. 1858.I.408*) la

1. *Cass.*, 3 sept. 1831-10 oct. 1835 (*Jurispr. gl.*, v^e voiture, n^o 204). 31 mai 1841 (*D.* 1856.1.356).

Cour de cassation déclare que « les arrêtés du maire de Marseille (qui instituent un régime d'autorisation préalable) ne s'immiscent en rien dans l'exercice général de l'industrie des transporteurs qui est régie par des lois particulières mais se bornent à réorganiser et à réglementer le service spécial et exceptionnel des voitures destinées aux transports en commun dans la ville et le territoire de Marseille ».

Ce qu'il y a de plus intéressant dans l'affaire Ponthas ce sont les conclusions du commissaire du gouvernement Gauvain, dont on reproduit aujourd'hui invariablement les formules pour établir le caractère anormal de la circulation en question¹. Le Conseil d'Etat admet comme la Cour de cassation que l'utilisation présente un « caractère exceptionnel et de graves inconvénients pour la sécurité des voitures et la sûreté des personnes ». Elle peut être soumise à un régime de réglementations spéciales et d'autorisation préalable mais l'autorisation ne peut être refusée que pour des motifs de police (l'arrêt constate que dans l'espèce la décision de refus « a été prise dans l'intérêt du bon ordre de la circulation et de la sécurité publique »).

La jurisprudence reconnaît d'autre part au maire le pouvoir d'établir des réglementations spéciales par exemple de fixer les horaires², les itinéraires³, les points de stationnement⁴.

1. 7 déc. 1888, *D. P.*, 1890, III.9. Il est piquant de constater que ce sont les formules inspirées par la vue des cochés et des omnibus du siècle dernier, que l'on applique aux autocars de 1935. Mais à bien lire les développements de M. Gauvain on s'aperçoit que le commissaire du gouvernement n'a jamais considéré une pareille circulation comme un usage anormal du domaine : il se borne à constater que les limites du pouvoir de police varient avec la nature des voitures et sont plus larges lorsqu'il s'agit des voitures publiques : « Ces voitures, en effet, n'usent pas du sol des rues dans les conditions ordinaires, elles y passent tout le jour et souvent une partie de la nuit; elles s'approprient, accaparent en quelque sorte la voie publique qui pourtant est faite pour tous. La rue n'est pas seulement pour elles la voie de communication sur laquelle on passe : elle est le premier instrument de leur industrie. »

Au milieu du siècle le Conseil d'Etat avait même décidé comme on l'a vu plus haut que « les voitures publiques ne peuvent être soumises à la loi de 1836 parce qu'elles ne font qu'user normalement des chemins dans les conditions ordinaires de la circulation » (*C. E.*, 13 avril 1861).

2. *Rolquin*, 5 juin 1931, *S.* 1932.III.69.

3. *Cass.*, 3 juin 1930, *Min. public contre Carrière*, cf. 3 nov. 1934, *D. H.*, 1934.559.

4. *C. E.*, 2 nov. 1934, *D. H.*, 1935, p. 23.

Ces pouvoirs rappellent ceux que nous avons déjà rencontrés au sujet des essais d'automobiles sur route.

2° *Dans le cadre du département.* — Le régime de police est longtemps resté cantonné dans le cadre des agglomérations urbaines.

Sans doute le préfet pouvait imposer aux entreprises privées départementales des réglementations spéciales : le code de la route consacrait même expressément pour lui le pouvoir de fixer les points de stationnement des entreprises de transport. Mais par contre on n'admettait pas en général que le préfet pût établir un régime d'autorisation préalable; on en donnait deux raisons : la première est que le code de la route établit un régime de déclaration à la préfecture. La deuxième est que le régime d'autorisation ne peut être institué que pour des motifs de police; or, disait-on, si ces motifs se rencontrent dans les villes étant donné l'ampleur de la circulation, les exigences de la police peuvent, hors des agglomérations, être facilement satisfaites par de simples réglementations¹.

A la vérité on soutenait cependant qu'un pareil régime était possible exceptionnellement² : au premier argument il est facile de répondre que les autorités locales peuvent, lorsque les circonstances de fait l'exigent, substituer aux règles établies par la loi ou les règlements généraux des dispositions plus sévères. Or, il peut arriver que même en dehors des agglomérations les nécessités de la police exigent un régime exceptionnel : ce peut être le cas par exemple autour des centres de tourisme ou des villes d'eau sur des voies particulièrement fréquentées. A l'appui de cette opinion on utilisait jusqu'à

1. V. sur ce point les conclusions de M. Latournerie sur l'affaire des autobus antibois, *D. P.*, 1932.III.60. L'opinion soutenue est d'autant plus frappante qu'il s'agissait en l'espèce de la route de Cannes à Antibes, voie très fréquentée sur laquelle trois entreprises de cars se livraient à une concurrence effrénée.

2. LAROQUE, *note au S.* 1933.III.113 : « L'institution d'un tel régime sauf circonstances exceptionnelles est interdite au préfet par les dispositions actuelles du code de la route qui soumettent les entreprises de transport en commun à une simple déclaration ».

ces temps derniers un bout de phrase somme toute assez vague, extrait d'une décision du Conseil d'Etat (*Ramel*, 16 juin 1933, *D. P.* 1933, III, 33).

Disons que la question est maintenant tranchée : Deux arrêts du Conseil d'Etat du 11 juillet 1934 (*D.P.* 1934, III, 41 *Concl. Andrieux*) règlent en détail les attributions du préfet à l'égard des entreprises privées de transports interurbains :

Ces attributions comportent d'abord des pouvoirs de réglementation spéciale : comme le maire dans les agglomérations, le préfet peut établir des prescriptions en ce qui concerne les horaires, l'itinéraire, l'affichage de prix et les points de stationnement¹.

Mais surtout les arrêts reconnaissent au préfet le pouvoir d'établir un régime d'autorisation préalable.

Dans toutes ces attributions la compétence du préfet est étroitement liée.

D'abord la réglementation doit respecter l'égalité des usagers².

1. C. E., 1^{er} arrêt Beaumont. Pour le stationnement l'arrêt, très explicite, décide que le préfet peut non seulement imposer des points obligatoires mais encore interdire « pour la commodité de la circulation et la sécurité publique la descente et la montée des voyageurs en dehors de ces points et fixer des points d'arrêt différents pour les véhicules de chacune d'elles ».

Il faut noter que tout ce qui touche au stationnement peut être fondé non sur le caractère spécial de l'utilisation dans son ensemble mais sur le caractère propre de l'arrêt, caractère que nous analyserons en étudiant la question générale du stationnement.

La décision tranche également une question qu'on s'était posée au sujet du conflit des compétences entre le préfet et le maire. Ce conflit se pose sous deux aspects : pouvoirs du maire à l'égard des entreprises intercommunales : il a été décidé que le maire, s'il peut régler la circulation à l'intérieur de l'agglomération et par suite refuser d'autoriser une entreprise urbaine, ne peut prendre dans l'agglomération, à l'égard des entreprises intercommunales qui la traversent des mesures aboutissant à interdire l'activité de ces entreprises (*Sté des autobus antibois*, 29 janv. 1932). Mais à l'inverse on se demandait à qui appartenait le pouvoir de fixer les points de stationnement des entreprises intercommunales à l'intérieur des agglomérations : au maire, en vertu de ses pouvoirs généraux de police municipale ? ou au préfet en vertu des pouvoirs spéciaux que lui donne en la matière le code de la route ? Le Conseil tranche la question en faveur de la compétence préfectorale : le préfet est seulement invité à prendre l'avis des maires intéressés. Le Conseil nous paraît appliquer là en matière de compétence l'adage « *specialia generalibus derogant* »

2. *Meley*, 2^e arrêt, 11 juil. 1934 : « Le préfet peut fixer des points d'arrêt différents pour chaque entreprise en respectant le principe d'égalité entre des entreprises privées concurrentes placées dans les mêmes conditions. »

D'autre part le préfet ne peut pas procéder par voie de mesures générales : Il ne peut pas interdire en bloc toute nouvelle entreprise¹. De plus il ne peut même pas instituer le système de l'autorisation d'une façon générale dans le département, il ne peut l'instituer que sur les lignes à l'égard desquelles des circonstances spéciales le rendraient nécessaire, circonstances dues en particulier à l'encombrement des voies².

On vient de voir les régimes administratifs auxquels les entreprises de transport peuvent être soumises par les préfets et les maires. Ils comportent, on le voit, la possibilité de réglementations spéciales et du procédé de l'autorisation. Mais la plus grosse question reste en suspens. Ce régime administratif peut-il être utilisé non plus dans un but de police mais dans un but économique et financier ?

La réglementation peut-elle être exercée non plus dans un but de police mais en vue de défavoriser les entreprises qu'elle vise, ou encore de leur imposer une certaine orientation économique ?

L'autorisation peut-elle être instituée et refusée en vue de protéger économiquement et financièrement les concurrents de l'usager auquel on la refuse ?

Ces questions forment l'essentiel de notre deuxième partie. On n'étudiait ici que l'intervention de police de l'administration. On vient de décrire le procédé, c'est plus tard que l'on observera son utilisation.

3° *Dans le cadre de l'Etat.* — Jusqu'au mois d'avril 1934, le régime des transports dans le cadre de l'Etat est resté un régime de liberté. Si l'ordre de la circulation justifiait un régime exceptionnel fondé sur les principes de la police dans le

1. *Cie des tramways du Var et du Gard, 28 octobre 1932, D. H., 1932, 592.*
« Considérant que les dispositions attaquées ont pour effet d'interdire à l'avenir la présentation de toute demande d'autorisation de transport en commun quels que soient l'époque, les itinéraires, les besoins et les circonstances de la circulation, que par le caractère général, absolu et permanent de cette interdiction le maire a excédé les pouvoirs qu'il tient de la loi du 5 avril 1884. »

2. *Meley, précité* : « Le préfet a excédé ses pouvoirs en décidant par voie de disposition générale applicable à tout le département que l'ouverture d'une ligne quelconque ne pourrait avoir lieu que moyennant une autorisation ».

cadre de la commune et même dans celui du département, il n'en était plus de même ici : les nécessités de la police ne pouvaient justifier un pareil régime sur les grandes voies nationales sillonnées d'entreprises de transport à longue distance. Aussi bien est-ce pour de tout autres motifs et dans un tout autre esprit que ce régime a été institué par le décret-loi du 19 avril 1934 : c'est pour résoudre la concurrence des moyens de transport et pour discipliner cette concurrence entre les grandes entreprises et les compagnies générales de chemins de fer. Cet esprit imprègne le régime d'un caractère très particulier. *C'est un régime économique.* On l'étudiera donc plus à sa place dans notre deuxième partie à l'occasion de l'intervention économique de l'administration. Mais il est impossible de le passer ici sous silence parce qu'il y est utilisé des procédés administratifs.

L'intervention du gouvernement diffère par deux traits essentiels de l'intervention des maires et des préfets :

1^o Elle a un caractère économique avoué ; il ne se pose donc pas la question de savoir si ce régime peut être utilisé dans un but économique.

2^o Les procédés adoptés sont généralisés : le gouvernement n'a pas à son gré comme le maire ou le préfet le pouvoir d'établir ou de ne pas établir le régime ; ce régime existe d'office sur tout le territoire de l'Etat.

Le régime consiste en ceci : les conflits de concurrence doivent être réglés par une répartition du trafic entre les entreprises privées et les services publics. Cette répartition se fait suivant des procédures que l'on verra plus loin et qui sont sanctionnées par des arrêtés ministériels. Ce qui nous intéresse ici c'est le sort qui est fait aux entreprises privées. Elles y sont soumises à un régime de police assez rigoureux.

1. D'abord jusqu'à l'intervention des arrêtés ministériels, aucun service nouveau de transport automobile ne peut être créé (art. 5). On adopte donc le *procédé de l'interdiction*, mais ce procédé n'est que provisoire.

2. Une fois l'arrêté intervenu c'est-à-dire après la liquidation de la situation, les services nouveaux qui voudraient se créer sont soumis à une *autorisation* émanant du ministre (*id.*).

3. D'autre part la liquidation envisagée peut aboutir à la *suppression* de certaines entreprises privées existantes (art.3).

CHAPITRE IV

LES STATIONNEMENTS PROLONGES

Parmi les utilisations des voies publiques, le stationnement des véhicules a toujours eu une place à part ; sa justification a toujours été établie d'une façon spéciale, non comme pour les autres utilisations, du point de vue de l'exercice des libertés publiques, mais du point de vue de la domanialité : on l'a toujours rattaché à une notion de la domanialité : celle de la *riveraineté*, de l'*accès* des propriétés riveraines.

Mais le point de vue adopté a varié : d'abord la notion d'accès n'a pas toujours été aperçue de la même façon. D'autre part ce n'est qu'à une époque récente, à la suite des problèmes d'intervention administrative posés par l'automobilisme et de la jurisprudence du Conseil d'Etat que s'est développée une véritable théorie du stationnement. L'essentiel de cette théorie a été, ici aussi, de soumettre dans certaines conditions le stationnement des véhicules à un *régime payant et de police avec autorisation préalable* ; pour le justifier est apparue la *distinction d'un stationnement normal et d'un stationnement anormal*.

On peut distinguer la phase de la jurisprudence judiciaire et celle de la jurisprudence administrative. Car jusqu'à une certaine époque, et pour des raisons que nous verrons, les questions touchant au stationnement ont surtout donné lieu à une jurisprudence judiciaire ; ce fait a entraîné des conséquences assez importantes.

SECTION I. — LE STATIONNEMENT
DANS LA JURISPRUDENCE JUDICIAIRE.

La jurisprudence judiciaire a longtemps adopté une certaine conception du droit de stationner, elle a justifié le stationnement des véhicules d'une façon particulière : alors que l'usage commun est d'une manière générale conçu comme l'exercice des libertés publiques sur le domaine, que le droit d'utiliser le domaine est considéré simplement comme le droit d'exercer ces libertés, le stationnement, lui, est détaché de la catégorie des libertés pour être rattaché au *droit de propriété*. Ce point de vue est essentiel, voici comment il s'est imposé :

§ I. Le stationnement et l'entrave à la circulation

On a toujours distingué deux sortes de stationnements.

1^o D'abord le « stationnement » au sens technique et spécial de ce mot : il s'agit d'une catégorie d'occupation privative que nous avons déjà définie ; cette notion ne concerne pas seulement les véhicules, elle s'adresse à tous les cas où une portion de la voie est réservée à un usager qui l'utilise privativement et sans emprise sur le sol ; l'usage de la voie par les véhicules peut donner lieu à un pareil stationnement : c'est le cas des stations de voitures de place. Très logiquement ce « stationnement » est soumis à une autorisation et à une redevance.

2^o D'autre part le stationnement au sens courant du mot désigne tout arrêt d'un véhicule, momentané ou prolongé. L'identité des termes ne doit pas donner illusion ; cette utilisation n'est pas un « stationnement » au sens technique : elle reste une utilisation commune ; c'est d'elle surtout qu'il sera question ici.

A priori ce stationnement aurait dû être soumis à la même théorie et aux mêmes règles que les autres faits d'usage commun : le fait de s'arrêter sur la voie publique est la manifes-

tation de la liberté individuelle comme le fait de circuler; cette liberté peut seulement être réglementée dans son exercice. C'est bien à cette solution qu'aboutit la théorie : « Le stationnement est un droit pour tous les citoyens... chaque citoyen a le droit de circuler sur la voie publique, il doit avoir également le droit de s'arrêter là où bon lui semble; il est exact de dire dans ce cas que le stationnement est un droit individuel dont l'exercice est seulement subordonné à l'observation des règles de police » (Rép. Bequet. v^o *voirie*, p. 224). Ce point de vue a été complètement modifié pour une raison particulière : si le fait de s'arrêter est l'exercice de la libre activité des individus il constitue en même temps une *entrave à la circulation*; il a toujours été admis que cette entrave devait être réduite, que d'abord l'administration pouvait intervenir pour en limiter les inconvénients, ce qui rentre dans son pouvoir normal de réglementer l'exercice des droits, mais de plus qu'en l'absence de cette intervention, le stationnement, entrave à la circulation, devait être maintenu dans certaines limites.

Ces limites, on les a trouvées dans l'application de l'article 471, 4^o du code pénal : ce texte punit d'une amende « ceux qui auront encombré la voie publique sans nécessité ». Or l'application de ce texte a abouti non à limiter l'exercice de la liberté de stationner mais à la supprimer radicalement. La théorie du stationnement se ramène en effet presque exclusivement à l'application de ce texte pénal; l'administration intervient rarement pour réglementer, le contentieux est essentiellement un contentieux pénal; c'est une raison pour laquelle on s'est trouvé longtemps en présence d'une jurisprudence judiciaire¹.

Or cette jurisprudence en est arrivée à considérer tout

1. Il faut ajouter une autre raison : En matière d'impôt indirect le Conseil d'Etat a longtemps écarté le recours pour excès de pouvoir en appliquant la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle (*Servat, 5 juillet 1912, p. 788*). Les questions touchant à la taxation du stationnement donnent donc lieu elles aussi à un contentieux judiciaire.

arrêt sur la voie publique comme un *encombrement* et par suite comme un *fait illicite* :

D'abord la Cour de cassation a toujours admis qu'un véhicule arrêté constitue fatalement un encombrement ; le contrevenant ne peut pas prouver qu'en fait, étant donné les dimensions de la voie ou la faible ampleur de la circulation, il ne gênait pas l'usage du public¹. Il y a une présomption irréfragable d'encombrement.

La seule hypothèse où il n'y ait pas d'infraction est le *cas de nécessité* ; mais que l'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit nullement d'un droit de stationner mais d'une simple *excuse pénale*, laquelle est d'interprétation stricte : elle suppose « la présence d'un danger immédiat tel qu'on ne peut agir autrement pour sauvegarder le bien menacé »² ou encore le cas de force majeure, ce qui est par exemple l'hypothèse de l'accident. La Cour a jugé que la décision qui apprécie la nécessité est souveraine et échappe à son contrôle³.

En dehors de cette excuse pénale tout arrêt sur la voie publique tombe en principe sous le coup du texte pénal : on l'applique à l'abandon d'une voiture attelée⁴, ou dételée⁵, à l'arrêt devant un magasin durant le temps nécessaire pour faire des achats⁶.

L'administration ne peut même pas autoriser le stationnement non nécessaire⁷.

1. Cass. crim., 1^{er} mars 1851, *Morière*, D. P., 1851, V. 554 ; 21 sept. 1854 ; *Burr*, D. P., 55.V.487).

2. Cette définition de la doctrine est appliquée en matière de « stationnement » dans une affaire *Avvocato* (5 déc. 1924, S. 25.1.144) : marchand de poisson en pays chaud, obligé de déposer sa marchandise sur la voie publique pour la vendre alors qu'elle allait se perdre. La théorie du stationnement des véhicules est la même que celle du dépôt des objets matériels (v. Répertoire Dalloz v^o Contravention). Sur la notion pénale de nécessité, appliquée au stationnement des véhicules, v. Dissertation de M. Roux in S. 27.I.153. M. Roux critique l'application du texte pénal aux véhicules et la confusion avec le dépôt.

3. Rép. Dalloz, Supplément, v^o Voiture, n^o 11.

4. Cass. crim., *Dubois*, 6 fév. 1858, D. P., 1858.V.387. — *Vivès*, 14 mars 1879, D. P., 79.V.450.

5. *Leroux*, 3 janv. 1885, D. P., 1885.I.272.

6. *Dujarrier*, 13 juillet 1900, D. P., 1901.I.141.

7. Cass. crim., 19 août 1847, D. P., 1847.4.504. *Adde* Supplément au Rép. Dalloz, 1888, v^o Commun, n^o 565. Toutefois en sens contraire : 13 mars 1852 D. P., 1852.5.48.

L'apparition en 1922 d'un nouveau texte, le code de la route, n'a nullement modifié cette jurisprudence draconienne : l'article 11 dispose qu'« il est interdit de laisser stationner sur la voie publique un véhicule sans nécessité » ; la jurisprudence vise désormais les deux textes — celui du code pénal et celui du code de la route — et continue d'appliquer les mêmes règles, retrouvant dans les deux textes la notion de nécessité dont elle se garde de modifier le contenu et le sens pénal.

Elle continuera d'admettre la présomption d'encombrement : « Un autobus qui stationne sur une place encombre forcément la circulation en diminuant la liberté du passage¹. »

Elle continue de considérer tout arrêt sur la voie publique comme un délit d'encombrement quel qu'en soit le motif. Elle déclare ainsi en faute :

Le voyageur de commerce qui arrête son automobile devant la porte d'un client le temps de soumettre des échantillons².

Le tranporteur qui s'arrête un quart d'heure devant une épicerie pour décharger des marchandises et faire son plein d'essence³.

L'autorité administrative peut naturellement interdire le stationnement non nécessaire : elle ne fait que rappeler la loi pénale ; elle agit là, non au titre de son pouvoir propre de réglementation, mais en vertu de sa compétence pour rappeler les lois aux administrés : Cass. crim. 10 mai 1924 Zahar. D. H. 24, 415 : arrêté interdisant rigoureusement le stationnement des autobus dans une rue.

En revanche elle ne peut interdire d'une façon absolue tout stationnement ni dans une ville tout entière⁴. ni même dans une rue⁵ ; mais la raison n'est pas l'impossibilité d'ajouter au règlement, comme le prétend la Cour de cassation⁶, ni

1. Cass. crim., 24 mars 1926, *Wiarth*, D. H., 1926, p. 283.

2. Cass. crim., 29 nov. 1923, *Calteau*, D. P., 1924.1.139.

3. Cass. crim., 31 octobre 1925, *Darthenay*, D. H., 1925, p. 646.

4. Cass. crim., 9 juillet 1931, *Dame Vve Marzelles*, D. H., 1931, p. 525.

5. Ast, 28 mai 1924, D. H., 1924.626.

6. 9 juillet 1931, précité : « Le pouvoir réglementaire ne peut s'exercer sur une

même comme on le dit souvent l'hostilité aux prohibitions générales et absolues : la raison est qu'une pareille interdiction englobe tout stationnement, même celui des riverains¹. Or l'administration trouve ici la seule situation qui comporte précisément le droit de stationner. C'est cette situation qu'il faut maintenant observer :

§ II. Le stationnement et le droit de la propriété riveraine.

Considéré comme un encombrement, sévèrement prohibé par la loi pénale, le stationnement disparaissait en fait des libertés exercées sur la voie publique². En dehors du stationnement privatif autorisé par l'administration, le droit de stationner semblait radicalement disparu. En réalité il y avait longtemps qu'une autre idée avait permis de le sauver sous une autre forme : sous la forme d'un droit accessoire du droit de la propriété riveraine.

Il a toujours été admis que les riverains des voies publiques ont sur ces voies certains droits corrélatifs des charges qui leur sont imposées ; ces droits sont appelés aisances de voirie ; ils comprennent le droit d'accès, le droit de vue, le droit de faire écouler des eaux sur la voie publique (code civil art. 68¹). On a considéré que le premier de ces droits, le droit d'accès, exigeait pour se réaliser que le propriétaire riverain pût faire

matière expressément réglée par une loi ou par un règlement d'administration publique ». Cette opinion est en contradiction avec les principes qui règlent la hiérarchie des pouvoirs réglementaires et avec le texte même du code de la route, lequel prévoit que les préfets et maires peuvent prendre, lorsque les circonstances l'exigent, des mesures plus rigoureuses que celles que prévoit le texte général. Le Conseil d'Etat a fait très logiquement application de cette idée (Lemaire, 2 avril 1924, p. 375).

1. Ast. précité : « le maire n'a pu ... prononcer l'interdiction générale et absolue... sans aucune réserve pour la desserte des maisons riveraines. »

2. En vain les juridictions inférieures cherchaient-elles à protéger les libertés des usagers : tantôt hors de la notion de nécessité en cherchant une excuse dans la faible durée de l'embaras (Crim., 1855. *Bull. crim.* n° 327) — ou dans la tolérance de l'administration (*De Musset*, 25 mai 1882, S. 83.1.95) — tantôt dans une notion plus large de la nécessité (Dans l'affaire Darthenay précitée le tribunal avait invoqué des arguments qui, pour être fondés sur le bon sens, étaient juridiquement des plus discutables : « Attendu qu'on ne comprendrait pas qu'une voiture affectée au transport des personnes ne pût stationner sur la voie publique un quart d'heure pour le cas de nécessité de faire son plein d'essence » Ces décisions étaient inmanquablement cassées.

stationner un véhicule devant sa porte dans le but d'accéder à son immeuble; le stationnement est apparu comme une condition indispensable pour réaliser le droit d'accès.

C'est sous cette forme spéciale que la jurisprudence judiciaire a fait revivre le droit de stationner :

« Attendu, dit la Cour de cassation¹, que les personnes dont les propriétés joignent la voie publique ont sur cette voie des droits de vue et d'accès, d'entrée et de sortie qui ne peuvent leur être enlevés qu'à la suite de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, que le stationnement des véhicules aux portes des maisons... est nécessairement compris dans ces droits... »

Le droit de stationner a trouvé dans ce fondement une protection efficace, mais il y a revêtu d'autre part un aspect tout à fait nouveau :

On discute beaucoup sur la nature exacte de ces droits du riverain; nous reviendrons plus tard sur cette discussion. En tout cas une chose est certaine : ces prérogatives sont exclusivement des prérogatives des propriétaires riverains, elles sont rattachées à l'existence d'une propriété privée. Le droit de stationner, disparu du cadre des libertés individuelles, est reparu sous la forme nouvelle du droit d'accès²; il ne devait jamais s'en dégager.

Sans doute il y a gagné en force : les prérogatives du riverain ont toujours eu aux yeux de la jurisprudence judiciaire, gardienne traditionnelle de la propriété privée, une énergie spéciale : elles dressent devant le pouvoir de police la souveraineté de la propriété privée. Soumis en général sans remise au pouvoir de police, le stationnement lorsqu'il est l'exercice du droit d'accès va trouver au contraire auprès des tribunaux civils une protection des plus efficaces.

1. Cass. crim., 18 nov. 1904, D. P. 1905.1.148.

2. On dégageait déjà dans la théorie ce deuxième fondement du stationnement à côté de celui tiré de l'exercice des libertés individuelles : Béquet, précité, *op. loco* : « Le stationnement est encore un droit lorsqu'il est nécessaire pour la desserte des propriétés riveraines il est alors le corollaire du droit d'accès des riverains. »

Mais d'autre part le droit de stationner va y revêtir un aspect tout à fait nouveau : il est sorti de la catégorie des libertés individuelles pour rentrer dans la *catégorie de la propriété*. L'activité des usagers se rapporte désormais à deux catégories : celle de la liberté individuelle qui protège le droit de circuler, celle de la propriété qui garantit le droit de stationner¹. Rattaché au droit d'accès, le stationnement va subir fortement le reflet du caractère patrimonial qu'ont, à cette époque, les aisances de voirie.

C'est ce caractère spécial que l'on va retrouver dans l'analyse et dans le régime juridique du droit de stationner :

I. Portée du droit de stationnement.

A l'analyse le stationnement apparaît rattaché au *droit d'accès du propriétaire* aussi bien par son *contenu* que par la *détermination de son titulaire* :

1° *Le contenu du droit*. — Accéder à la voie publique c'est s'arrêter le temps de monter et descendre, charger ou décharger des marchandises ; c'est cela et pas autre chose qu'implique l'accès des propriétés ; on en a tiré une notion du stationnement licite : c'est le *stationnement momentané à la porte des maisons*. La jurisprudence lui assigne bien ce contenu². C'est également l'opinion du législateur³ et celle de la doctrine⁴.

Il est essentiel d'ajouter que ce contenu répond précisément à ce qu'était généralement le stationnement à l'époque de la

1. Ces deux titres de protection sont ceux que le Conseil d'Etat lui-même oppose toujours au pouvoir de police dans une formule devenue de style : « Le maire n'a pu ... sans porter atteinte à la *liberté du commerce et de l'industrie* et au *droit de propriété*... » v. p. ex. *Asi, précité, D. H.*, 1924.626.

2. *Cass.* 1905, *précité* : « Le stationnement des voitures aux portes des maisons durant le temps nécessaire pour opérer le chargement ou le déchargement des provisions ou marchandises est nécessairement compris dans ces droits. »

De même *Cass.* 17 nov. 1893 (*D. P.* 1896.I.146) : Déclare licite le stationnement d'une voiture le temps strictement nécessaire pour dételier et remiser.

3. Déclaration du rapporteur de la loi du 5 avril 1884 au Sénat : « La commission entend laisser libre... le stationnement momentané à la porte des maisons ».

4. HAURIOU, *op. cit.*, p. 713 : « Les utilisations individuelles comportent non seulement le droit de circuler mais le droit de *stationnement momentané* pour les véhicules à la *porte des maisons* qui n'est que l'exercice du droit d'accès *que possèdent tous les riverains*. »

traction animale : les possibilités mêmes de ce genre de locomotion ne permettaient guère un autre usage de la voie : ce n'est qu'avec l'automobile qu'apparaîtra vraiment le stationnement prolongé : avec lui apparaîtront de nouveaux problèmes juridiques, avec lui aussi se fera sentir l'insuffisance de cette conception judiciaire du droit de stationner.

2° *Le titulaire du droit.* — Restreint dans son contenu, le droit de stationner l'est encore dans la détermination de *son titulaire* : A se trouver rattaché à la propriété, le droit d'accès, s'il y a gagné en force et en autorité y a certainement perdu en étendue. Le droit d'accès est un *droit du riverain* et n'est qu'un droit du riverain. Le droit de stationner n'est donc lui-même qu'une prérogative du riverain de la voie publique. Mais le riverain peut faire profiter *les autres usagers* de son droit d'accès et il y a là comme un mécanisme de transmission qui accentue le caractère patrimonial. La question s'est posée pour le stationnement des voitures de vidanges devant les propriétés privées : la Cour de cassation a reconnu le droit de stationner comme un droit appartenant au propriétaire et dont le propriétaire fait bénéficier les tiers ; après avoir admis que le stationnement des voitures fait partie du droit d'accès, la Cour ajoute que « ce caractère n'est pas changé par le fait que le propriétaire a recours à un industriel pour procéder au curage de sa fosse¹ ». Mais que l'on ne s'y trompe pas : si le droit est reconnu à l'industriel c'est uniquement parce qu'il est indispensable pour permettre au propriétaire de jouir entièrement de sa propriété « la vidange étant un fait nécessaire et inhérent à la jouissance de la propriété privée ». La jurisprudence a décidé par contre qu'était illécite le fait par les clients de stationner devant un hôtel : le riverain ne peut faire profiter les tiers de son droit d'accéder que lorsque le stationnement a pour but un acte inhérent à la jouissance de la propriété.

1. Cass., 22 déc. 1903, D. P., 1907.I.374.

II. Liberté et gratuité du stationnement,

L'exercice du droit d'accès du riverain est soumis au régime traditionnel libre et gratuit; mais ce régime a ici un fondement particulier : c'est le droit de propriété. Si le stationnement doit être libre et gratuit c'est que l'administration ne peut jamais interdire ni faire payer l'usage de la propriété privée.

Le stationnement du riverain doit rester *libre* : le pouvoir de police ne peut ni l'interdire individuellement¹, ni prendre des mesures qui aient pour effet d'entraver son exercice², ni le soumettre à un régime d'autorisation préalable³. D'autre part le stationnement du riverain ne tombe pas sous le coup de la contravention d'encombrement⁴.

La pratique et le problème de la *taxation* du stationnement n'ont pris vraiment toute leur ampleur qu'à l'époque actuelle, avec l'automobilisme. Mais la commune besogneuse, avide de procurer des ressources à son budget, a toujours existé, il s'est toujours posé un problème financier pour le stationnement des véhicules. Ce stationnement peut-il donner lieu à la perception de redevances ? L'administration peut-elle le faire payer ? La théorie traditionnelle est celle-ci : l'usage des voies publiques donne lieu à la perception de redevances lorsqu'il constitue une occupation privative de la voie. Par contre l'usage commun ne peut pas donner lieu à la percep-

1. *Cass. crim.*, 28 déc. 1894, S. 1895.I.156. Le maire de Clamecy avait interdit à un meunier de laisser stationner ses voitures dans sa rue et de se servir du monte-charge établi au-dessus de cette rue. La cour déclare la première interdiction illégale « le stationnement des voitures aux portes des maisons pendant le temps nécessaire pour opérer le chargement et le déchargement des marchandises est compris dans les droits de vue et d'accès, d'entrée et de sortie... » En revanche elle déclare légale l'interdiction d'utiliser le monte-charge.

2. *Cass. crim.*, 18 nov. 1904, D. P., 1905.I.148. Annulation d'un arrêté interdisant tout stationnement dans une rue.

3. 28 décembre 1894, *Roy*, S. 1895.I.156.

4. Mais il faut ajouter que le juge pénal n'a pas toujours admis une solution aussi libérale : il applique un arrêté interdisant le stationnement dans certaines voies un jour de marché alors que le contrevenant était un épicier qui, pour les besoins de son commerce, faisait stationner *dévant sa maison* une voiture chargée de chandelles » Min. pub. contre Labille, *Cass. crim.*, 23 mars 1832 (cité au Répertoire Dalloz, 1848, v° Commune, n° 914, note).

tion de redevances : en particulier l'autorité administrative ne peut se prévaloir de son droit de réglementer pour imposer le paiement d'une redevance; elle ne doit pas battre monnaie de ses pouvoirs de police, la police doit rester distincte du fisc¹.

Le stationnement des véhicules présente, nous l'avons dit, les deux types : Logiquement le stationnement privatif est soumis à une redevance; le stationnement, usage commun, peut-il y donner lieu?

Il y a eu dans la jurisprudence beaucoup d'hésitations : au lieu de recourir à l'analyse du stationnement et à celle de la cause juridique des redevances on s'est parfois borné à appliquer à la lettre des textes assez vagues : la loi municipale a toujours prévu dans l'énumération des recettes communales le produit des permis de stationnement accordés sur le domaine public : la jurisprudence a parfois admis que l'expression ne s'appliquait pas seulement à l'occupation privative mais à tout stationnement²; la Cour de cassation est revenue plus tard sur cette idée et a affirmé en des termes qui ne laissent plus de doute la gratuité de l'usage commun de la voirie³.

Mais il y a un cas où toute hésitation est écartée, d'où la fiscalité est impitoyablement bannie : c'est précisément lorsque le stationnement est l'exercice du droit d'accès du riverain; c'est que la gratuité a ici un fondement et un aspect particuliers : c'est la gratuité de la propriété privée elle-même

1. V. l'exposé de cette conception classique dans les commentaires de l'arrêt du 22 déc 1903, par M. J. Barthélemy : *R. D. P.*, 1904, p. 318.

Dans cette affaire la cour de Lyon avait admis le droit de percevoir une taxe sur le stationnement des voitures de vidanges; elle parlait du « droit par l'autorité municipale de réglementer ce stationnement et comme conséquence de percevoir une taxe ». C'était confondre l'exercice du pouvoir de police et celui du pouvoir financier. La Cour de cassation rectifia l'erreur.

2. *Lyon, 21 juin 1880, D. P.* 81.1.40; « Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 les conseils municipaux règlent les droits à percevoir pour permis de stationnement... le stationnement assujéti est aussi bien celui qui s'exerce d'une manière temporaire que celui qui s'exerce d'une manière permanente... ».

3. *C.ss. 22 déc. 1903 précité* : « La loi n'a eu en vue que les concessions faites à un particulier pour sa commodité personnelle ou le besoin de son industrie d'une portion de la voie publique soustraite ainsi dans son intérêt exclusif à la circulation générale ».

et de ses prérogatives. Ce point de vue, qui souligne encore les rapports de la propriété privée et du droit de stationner est nettement mis en évidence dans les formules employées par les arrêts et par leurs commentateurs; il s'y affirme en des termes suggestifs le triomphe de la propriété privée sur le pouvoir fiscal : « Il ne peut être porté aucune atteinte au droit d'accès et de dépôt momentanée qu'ont les propriétaires sur la voie publique pour le service de leur immeuble... il s'agit d'un fait nécessaire et inhérent à la jouissance de la propriété privée¹. »

Les formules employées par les commentateurs ne sont pas moins imprégnées de cette idée de propriété; elles révèlent le droit d'accès et son corollaire le droit de stationner sous un aspect essentiellement patrimonial :

« Le droit d'accès découle inéluctablement du droit de propriété... Le stationnement est la conséquence nécessaire de l'exercice de la propriété... Il s'agit de déterminer quels sont les attributs de la propriété quant à l'utilisation de la voie publique... le droit de propriété implique la faculté pour chaque propriétaire riverain d'utiliser cette voie publique pour l'usage normal de la propriété². »

§ III. Nature des droits des propriétaires riverains.

Ainsi dans cette première phase le droit de stationnement est conçu comme la traduction du droit d'accès et le droit d'accès est lui-même revêtu d'un aspect assez particulier. La conception que l'on s'en fait est nettement patrimoniale. Elle se rattache au moins par les résultats qu'elle entraîne à une certaine attitude prise sur la situation du riverain et sur la nature des droits que celui-ci exerce sur la voie publique. Elle invite à prendre position dans une querelle relative à cette nature et qui a toujours divisé la doctrine.

1. *Cass.*, 22 déc. 1903, *D. P.*, 1907.I.375.

2. NAQUET, *Note au Sirey*, 1905.I.313.

On se demande si les pouvoirs que le riverain exerce sur la voie publique sont les mêmes, c'est-à-dire de même nature que ceux qu'y exercent les autres usagers. La situation du riverain est-elle juridiquement « spéciale » ou est-elle en droit la même que celle des autres usagers, différente seulement en fait ? Lorsque le riverain exerce ces aisances de voirie que l'on ramène traditionnellement aux droits d'accès, de vue et d'égout et dont une jurisprudence récente paraît homologuer officiellement la liste¹, lorsqu'il accède chez lui, ouvre des vues, déverse des eaux, use-t-il de la voie publique dans les mêmes conditions de droit que les usagers qui l'empruntent pour y circuler ou exerce-t-il des droits spéciaux ?

I. Deux points de vue se sont toujours opposés sur cette question :

1^o Dans une première opinion¹ les droits du riverain ne pourraient être assimilés au pouvoir des autres usagers ; sa situation serait donc « spéciale ». Ces droits ont en effet un caractère *patrimonial*, ils se rattachent à la propriété d'un immeuble et non, comme ceux des autres usagers, à la liberté individuelle ; il s'ensuit qu'ils ont une nature juridique différente : ce sont des prérogatives de la propriété exercée sur le domaine public, des *droits réels administratifs*, plus précisément des servitudes de nature administrative.

Leur régime juridique, ajoute-t-on, confirme bien cette opinion : si, depuis une certaine époque, l'aisance de voirie disparaît lorsque l'Administration supprime la voie, ce qu'elle est toujours libre de faire, c'est que ces droits réels ont une nature administrative c'est-à-dire caractérisée par la précarité ; mais deux traits révèlent par contre le *caractère spécial* et le *caractère réel* de ces droits : le fait que la suppression de la voie ouvre pour le riverain et pour lui seul un

1. « Un immeuble qui n'a pas sur un passage droit de vue, d'accès, d'égout, n'est pas riverain » (C. E., 7 juillet 1933, S. 1933.III. 115).

2. HAURIOU, *Pécis de droit adm.*, 11^e éd., p. 654, RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, 1914. MESTRE, *Note au S.*, 1911, II, 209.

Ce point de vue a surtout été repris et développé par M. Bastid dans un article paru dans la *Revue du droit public* 1930 : « Les aisances de voirie ».

droit à réparation pécuniaire — le fait que le riverain peut, pour faire respecter ses droits, intenter contre les tiers des actions possessoires.

2^o Dans un point de vue opposé¹ on soutient que les droits du riverain, non seulement n'ont pas cette nature qu'on leur attribue mais encore n'ont rien de *spécial*, ils ne diffèrent pas juridiquement du pouvoir des autres usagers d'utiliser la voie publique.

En effet d'abord ils ne peuvent être conçus comme des droits réels exercés sur le domaine public parce que le domaine public n'est pas objet de propriété pour l'Administration et que même s'il l'était, la règle de l'inaliénabilité s'opposerait à ce que cette propriété fût démembrée. D'autre part ces droits s'expliquent aisément comme le pouvoir légal de tout individu d'utiliser un bien public conformément à sa destination; les droits de vue, d'égout, d'accès, ne sont que l'utilisation d'un service public ou, si l'on veut, d'un bien public : ils ont donc la même nature juridique que le pouvoir de tout usager d'utiliser la voie pour y circuler. La seule particularité est que le riverain, à la différence des autres usagers, est en contact *permanent* avec la voie; il en profite en fait plus que les autres; il est donc peut-être dans une situation spéciale mais il s'agit d'une situation spéciale en fait; en droit la situation n'est pas différente de celle des autres usagers, elle n'a rien de spécial. Mais cette différence de fait est suffisamment importante pour expliquer les particularités de son régime juridique : si le riverain est seul à devoir être indemnisé au cas de suppression de la voie c'est que seul il subit alors un préjudice spécial; on pourrait ajouter aussi qu'il s'agit alors de dommages permanents et que le caractère permanent de la situation justifie pour le seul riverain la réparation du dommage.

II. Il semble bien que la période que nous venons d'étu-

1. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, p. 346.

JÈZE, *Revue du Droit public*, 1910, p. 701.

Dans le même sens, BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 6^e éd., p. 452.

dier révèle des conceptions favorables à la première opinion. Ces conceptions invitent nettement à donner aux droits du riverain, au moins à l'un de ces droits, *le droit d'accès*, un caractère spécial. Sans doute ne suffit-il pas de constater que le droit d'accès n'appartient qu'au seul riverain car on pourrait répondre que la destination de la voie publique n'emporte précisément l'existence de ce droit que pour lui. Mais la conception que l'on se fait de ce droit est, nous l'avons dit, nettement orientée vers cette idée que le droit d'accès est un *attribut de la propriété, une prérogative du propriétaire exercée sur le domaine public*; elle revêt ainsi un caractère patrimonial très accusé. D'ailleurs ce caractère spécial résulte encore du point de vue qui est généralement adopté à l'époque pour définir les aises de voirie : on a en effet abandonné depuis le milieu du xix^e siècle l'idée admise primitivement de considérer ces facultés comme de pures servitudes civiles¹, mais par ailleurs la conception nouvelle que l'on adopte n'est pas plus favorable à l'assimilation avec le pouvoir général des usagers; on considère en effet qu'il s'agit de droits *sui generis* auxquels on donne une origine et une nature *quasi-contractuelle*². Il y aurait ainsi trois situations différentes : celle de l'usager général ayant son origine dans la loi; celle des occupants privatifs ayant son origine dans une « concession de l'Administration », dans un acte juridique; celle du riverain ayant son origine dans un quasi-contrat.

La phase de la jurisprudence judiciaire révèle donc, dans

1. L'idée de servitude civile et sa conséquence : droit de suite après le déclassement est affirmée dans un arrêt du 11 fév. 1828, Cass. S. 1829.I.164. Elle est abandonnée à partir de 1851 : Cass., 29 mai 1851, D. 51.1.148. Voir sur l'évolution de la jurisprudence l'article précité de M. Bastid.

2. Cette idée de quasi contrat, qui entraîne pour les droits du riverain un caractère « spécial » puisque l'usager ordinaire de la voie, l'« homme de la rue » n'a jamais été considéré dans une situation quasi-contractuelle — est très en honneur dans la deuxième moitié du xix^e siècle.

Demolombe : « Les droits sur la voie publique résultent d'une sorte de quasi-contrat. » Féraud-Giraud parle même d'un contrat ce qui accentue encore le caractère « spécial » de la situation : « Il se forme entre l'administration et les riverains un véritable contrat ».

Rapprocher de nombreux arrêts : « Le riverain a sur la rue un droit *sui generis* résultant d'une sorte de quasi-contrat. »

V. sur ces points. Rép. Béquet v^o *Domaine*.

la matière particulière du droit d'accès et du stationnement une conception des droits du riverain plutôt favorable au point de vue du « droit spécial ». Peut-être l'évolution de la matière, en particulier le développement de la jurisprudence administrative, fourniront-ils sur le problème d'autres indications.

SECTION II. — LE STATIONNEMENT DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

Le développement de l'automobilisme a provoqué dans la théorie du stationnement une nouveauté curieuse; c'est l'apparition à côté de deux types déjà bien connus, le stationnement momentané et le stationnement privatif, d'une troisième catégorie : celle du *stationnement prolongé*.

Ce fait est dû aux habitudes modernes et aux possibilités de la traction mécanique. Jadis l'immobilisation d'un véhicule sur la chaussée résultait uniquement de la nécessité d'accéder à un immeuble; elle avait un but spécial : la desserte d'une maison, et une durée essentiellement brève. L'automobilisme a complètement modifié cette physionomie : la possibilité matérielle de laisser stationner en permanence un véhicule a donné un sens nouveau à ce qu'on appelait autrefois l'« abandon de véhicule » : la voiture que le riverain laisse devant sa porte, que le touriste abandonne au hasard pour aller visiter la ville ne « stationnent » plus comme stationnaient les coches et les coupés d'autrefois. Le stationnement n'est plus « momentané » il est « prolongé », il n'a plus pour but la desserte d'un immeuble mais l'*utilisation de la rue comme d'un garage temporaire*.

Il s'est alors posé un problème : ce stationnement prolongé répond-il à une catégorie juridique nouvelle? La réponse ne semblait pas douteuse : il y a longtemps que les théoriciens avaient mis en garde contre la confusion de l'arrêt prolongé qui n'est qu'un usage commun différent des autres par sa

durée et du « stationnement » au sens technique, catégorie juridique différente rattachée à l'occupation privative du domaine¹.

Aussi n'est-ce pas de ce point de vue-là que le stationnement prolongé, manifestation nouvelle des mœurs modernes, a fait son entrée dans la classification des utilisations de la voirie : ce n'est pas par son caractère privatif mais par son *caractère anormal*. C'est donc un nouveau type d'utilisation commune anormale qui s'est révélé. Cette utilisation a été soumise à un régime de police autorisé et payant.

Pour arriver à cette conception c'est cette fois une véritable théorie *du stationnement* que l'on a construite ; elle est le fait de la *jurisprudence administrative* ; le développement de celle-ci est dû lui-même à des faits de plus en plus nombreux *d'intervention administrative*.

Les interventions administratives en matière de stationnement.

— L'intervention administrative s'est faite essentiellement dans les agglomérations : elle y est l'œuvre à la fois des autorités de police et des assemblées communales.

De plus en plus dans les villes et en particulier dans les grandes villes le maire est intervenu en vertu de ses pouvoirs de police pour réglementer le stationnement des véhicules. Le trait le plus caractéristique de cette intervention a été la création de *parcs de stationnement* obligatoires. Peut-être cette institution répond-elle à cette tendance que l'on veut voir vers l'organisation de plus en plus claire d'un véritable service public des communications. Elle a posé en tout cas le problème du régime administratif du stationnement. L'usage commun de la voirie doit rester libre. A quelle condition le stationnement des véhicules peut-il être soumis au régime du parc qui est un *régime de police* ?

Mais l'intérêt du *problème administratif* que soulève le parc obligatoire est dépassé par celui du *problème financier*

1. V. sur cette distinction : TROTABAS *op. cit.*, Note L. T., D. P., 1924.I.139. cf. MESTRE, Note au Sirey, 1933.3.57.

que pose spécialement le *parc payant*. Sur ces emplacements obligatoires l'assemblée municipale est en effet venue imposer l'acquittement d'une redevance. Dans certaines grandes villes où la réglementation du stationnement répond à une nécessité de police, la ville a dû organiser une surveillance dont la redevance n'a été que la rémunération; sans doute le « parc gardé » posait-il alors d'une façon inattendue, par la concurrence qu'il faisait aux garages privés, le problème de la compétence des communes pour créer des services publics économiques; du moins la cause juridique de la redevance s'y trouvait-elle facilement dégagée puisqu'elle répondait à la notion traditionnelle de la taxe, rémunération d'un service rendu. Mais dans les petites villes l'intervention financière du conseil municipal a souvent révélé des préoccupations très différentes; la municipalité besogneuse, née de la crise des budgets locaux et d'une organisation fiscale archaïque mais qui défie le temps et les projets de réforme, a vulgarisé et multiplié la taxe de stationnement. A l'affût des ressources que leur offre l'énumération législative de leurs recettes budgétaires, les municipalités se sont tournées vers leur domaine public d'autant plus volontiers que celui-ci devient de plus en plus dans les conceptions modernes un objet de propriété, une richesse publique qu'il n'y a pas de raison de laisser inexploitée. Il est surtout apparu sous cet aspect dans les petits centres touristiques : au pied du château historique, richesse nationale où l'Etat perçoit ses péages, se déroule la route où le touriste s'arrête avant d'entrer : la commune résistera-t-elle à la tentation de voir là une autre richesse à exploiter, et celle-ci pour son compte? Elle y est d'autant plus invitée que l'usager se présente sous la forme d'un automobiliste et de plus d'un étranger : que l'automobiliste n'ait pas toujours bénéficié des faveurs de l'administration c'est un peu ce que nous voulons montrer dans cette thèse : c'est à lui en tout cas que s'adressaient spécialement les premières taxes de stationnement. Mais ce touriste est en même temps un étranger : or, s'il est classique d'admettre que « le pouvoir

légal de circuler sur les voies publiques appartient au même titre à tous les êtres humains, que le droit des habitants de Paris de circuler sur les rues parisiennes n'est pas différent du droit qu'ont les habitants de Bordeaux, de Lyon, de Lille d'user des mêmes rues parisiennes¹ », il semble que les administrations locales se soient fait parfois du domaine public communal une conception un peu différente : nous avons analysé plus haut cet arrêté d'un maire assujettissant la circulation en montagne à un régime draconien pour toutes les personnes ne possédant pas leur résidence dans la commune ; nous verrons plus tard de nombreuses tentatives d'intervention des communes dans la vie économique locale : nous les verrons chercher à réaliser la protection du commerce local en réservant aux habitants le stationnement en vue de la vente². Quant à la taxe de stationnement, si elle est pour l'usager une charge financière, n'est-elle pas aux yeux de celui qui l'impose rendue plus tolérable lorsque celui qui la subit n'est pas un électeur de la commune ? Peut-être aussi, à côté d'un sens discutable de l'hospitalité, pourrait-on voir dans l'hostilité dont pâtit souvent le forain comme une survie de cette vieille conception d'autonomie de la commune française, association privée d'habitants se réservant la jouissance de son domaine public.

Enfin si la réglementation de police a été l'occasion de la taxation, la liaison entre les deux s'est faite parfois plus intime : le maire n'a vu dans son pouvoir de police qu'un moyen pour permettre à la commune d'imposer la taxe. Mais la commune elle-même y a vu parfois un procédé pour renforcer son intervention financière, pour l'assortir des sanctions de police.

On le voit, les problèmes que soulève le régime financier

1. JÈZE, *R. D. P.*, 1910, p. 699.

2. *Toulon*, 18 octobre 1918, p. 914.

Witchütz, 14 nov. 1924, *D. H.*, 1925, p. 9. Annulation d'arrêtés créant des taxes ou des emplacements défavorables pour les marchands venant de l'extérieur.

ne le cèdent pas à ceux que provoque l'intervention administrative.

Le stationnement prolongé des véhicules peut-il donner lieu à une redevance ?

Cette redevance peut-elle frapper uniquement les automobilistes ? uniquement les étrangers ?

Pourra-t-on utiliser la sanction de police pour la percevoir ?

Ces questions ont été posées par des requérants dont trois sont typiques :

L'étranger dont on vient de voir qu'il était plus souvent que d'autres cet « automobiliste traqué » dont parle quelque part M. L. Trotabas.

L'habitant que la jurisprudence du Conseil d'Etat a admis comme requérant dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

Enfin le riverain, personnage familier du droit administratif, plus directement intéressé par la permanence de sa situation, fort aussi de toute une littérature juridique qui lui accorde sur la voie des droits spéciaux dignes de protection.

Ces requérants font valoir leurs intérêts par des voies de droit dont une jurisprudence libérale a encore élargi le cadre : le Conseil d'Etat abandonnant sa jurisprudence en matière de recours parallèle admet maintenant le recours pour excès de pouvoir contre les délibérations instituant des taxes¹.

L'idée de stationnement anormal. — La réponse à ces questions a donné lieu dans la jurisprudence administrative à une véritable théorie du stationnement : on s'est demandé quand le stationnement constitue un usage anormal du Domaine c'est-à-dire ne répond pas à sa destination. Or la conclusion à laquelle on a abouti se rapproche du point de vue qui était

1. C. E., 30 avril 1915, *Jandeau* (S. 1921.III.57). 3 mai 1918, *Sté Niçoise de transport* (S. 1924.III.31) : « Considérant que s'il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des réclamations présentées à l'occasion de l'application des droits de stationnement... il résulte de l'examen du pourvoi que les requérants n'entendent pas former une réclamation de cette nature mais qu'ils se fondent pour demander l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté attaqué sur ce que ledit arrêté aurait pour effet d'établir des droits de stationnement et manquerait par suite de toute base légale. »

admis jusqu'ici : on est arrivé de nouveau à cette idée que le stationnement se rattache à l'accès des propriétés riveraines, qu'il se justifie comme impliqué par cet accès. Mais le point de vue est cependant différent et cela tient précisément à ce qu'on a dégagé la notion de droit d'accès en partant de la destination de la voie.

Cette construction du stationnement n'est pas évidemment exprimée dans le texte des décisions du Conseil d'Etat : on la retrouve en revanche dans les conclusions qui les ont provoquées¹.

Le stationnement d'un véhicule est, dit-on, tantôt une utilisation normale, tantôt une utilisation anormale de la voie publique selon qu'il est ou non conforme à la destination de la voie². Or la voie publique est destinée à un double but : 1^o permettre la circulation entre les différents points du territoire. 2^o faciliter la desserte des propriétés en bordure. Le stationnement ne peut être rattaché à la première destination puisqu'il est le contraire même de la circulation. En revanche il peut être rattaché à la seconde car il peut précisément avoir pour but la *desserte des maisons riveraines*.

Mais le point de vue adopté ici est assez nouveau et voici en quoi : d'abord cette desserte ne justifie pas seulement le stationnement du riverain lui-même ; cela tient à ce que ce but de desserte, d'accès, se retrouve également lorsqu'un usager quelconque s'arrête devant une maison pour accéder à cette maison ; ainsi à ce premier point de vue qui est celui du *titulaire* la théorie a évolué : on ne parle plus d'un droit de stationnement qui serait une prérogative du riverain des voies publiques mais d'une utilisation normale de la voie, du pouvoir légal de tout usager de réaliser sur le domaine les actes que comporte naturellement son affectation.

1. Notamment : *Concl. de M. Rivet sur l'affaire Laurens*, D. P., 28.III.65, et sur l'affaire du 11 déc. 1933 : S. 33.III.57.

Concl. de M. Rousselier sur Genthon, D. P., 32.III.23.

2. Toute la théorie qu'on expose au texte a été dégagée par M. Rivet dans ses conclusions sur l'affaire Laurens, relative à la réglementation du stationnement dans la ville de Montpellier : cette réglementation comportait la création de parcs obligatoires et l'institution d'une taxe frappant les automobilistes admis dans les parcs.

D'autre part la *notion de desserte* s'est elle-même élargie : elle ne comprend pas seulement le fait de s'arrêter le temps de monter ou descendre : elle comporte une durée correspondante aux opérations que l'on est appelé à faire dans l'immeuble, aux opérations que l'on a eu précisément en vue, en s'arrêtant. Cela tient à ce que l'on n'est plus en présence de ce « droit d'entrée et de sortie » qui était une aisance de voirie du riverain, mais de la destination de la voie qui n'est pas seulement d'accéder aux immeubles mais de les desservir¹. Pour distinguer cette utilisation on lui donne le nom de « desserte » ou encore de « stationnement légitime », ce stationnement légitime est, on le voit, plus large que le simple fait d'accéder lequel reçoit le nom d'« arrêt nécessaire ».

Par contre il existe maintenant un stationnement que l'on considère comme une *utilisation anormale du domaine public*. Cette utilisation se retrouve dans deux situations :

D'abord dans celle du *riverain* : le droit du riverain consiste uniquement dans le pouvoir de réaliser les actes conformes à la destination de la voie ; lorsque son stationnement se prolonge, ne traduit plus que le désir d'utiliser le « devant de porte » comme un garage, l'utilisation de la voie devient anormale parce qu'elle n'a plus précisément ce but de desserte. Le Conseil d'Etat a très logiquement appliqué cette idée au stationnement des voitures d'excursion dans les villes d'eau² :

1. *Concl. de M. Rivet* : « Le mot de droit d'accès implique évidemment le droit de faire arrêter la voiture devant l'immeuble desservi le temps indispensable au mouvement de déplacement des voyageurs et des marchandises... Le droit de faire arrêter son véhicule devant l'immeuble desservi n'implique-t-il que ce droit d'arrêt essentiellement momentané ? Une telle solution serait inadmissible... A l'occasion le stationnement c'est-à-dire quelque chose de plus prolongé que l'arrêt est autorisé... Si l'on fait état comme on doit le faire de la destination normale de la voie l'expression doit être interprétée de la manière la plus libérale. Par exemple en ce qui concerne les maisons occupées bourgeoisement elle autorise sans limitation de durée le séjour correspondant aux visites et aux réceptions ; pour les immeubles commerciaux, interdiction de transformer la rue en remise, faculté en revanche pour le commerçant de faire procéder aux chargements et déchargements, pour le client, de laisser sa voiture devant la porte pendant le temps, évidemment variable, suivant la nature du commerce, qu'exigeront ses négociations et ses achats. »

2. *Sté Niçoise de transport, précité*.

le transporteur ne peut laisser stationner ses voitures en permanence devant son immeuble : ce stationnement n'est normal de lorsqu'il est « effectué aux heures de départ et d'arrivée pour prendre ou déposer les voyageurs » ; mais dans l'intervalle des heures de départ le stationnement devient une utilisation anormale, l'autorité de police peut lui imposer le choix entre le retour au garage ou la station municipale.

La situation de l'*usager non riverain* offre d'autres exemples d'utilisation anormale : d'abord comme pour le riverain, le stationnement devient anormal lorsqu'il se prolonge au delà des besoins de la desserte. Mais de plus c'est surtout ici que ce stationnement peut être une utilisation anormale : c'est le cas chaque fois que l'usager n'a pas pour but en s'arrêtant d'accéder à un immeuble déterminé. Cette situation s'illustre de deux cas typiques : celui du *touriste* et celui du *transporteur*.

Que le *touriste* fasse un usage anormal de la voie publique lorsqu'il s'arrête pour visiter un château historique, voilà qui, *a priori*, peut sembler paradoxal. Cette solution est cependant assez bien dans la logique du raisonnement ; c'est en tout cas celle du Conseil d'Etat : la réglementation du stationnement dans le village de Chaumont-sur-Loire a pu s'adresser uniquement aux touristes venus visiter le château et comporter pour eux le régime spécial de police et de redevance que nous verrons plus loin¹ : en effet ce régime, ne concernant pas les véhicules « ayant à desservir les maisons d'habitation et de commerce de la localité, ne s'adresse qu'aux voitures automobiles qui amènent les touristes visiter le château » parce que leur stationnement n'a pas pour but la desserte d'un immeuble.

S'il paraît sévère de considérer le stationnement d'un touriste comme un usage anormal de la voie, cette sévérité semble encore plus choquante lorsqu'il s'agit du stationnement du transporteur ; sans doute faut-il distinguer ici : le stationnement des voitures de place à la station, celui des autobus aux

1. Despujol, S. 30.III.41, note Aliberti.

terminus qu'ils occupent privativement constitue une véritable occupation privative du domaine; il est logique qu'il soit soumis au régime de police; mais n'en est-il pas autrement de l'arrêt en cours de route, essentiellement bref et dont le but n'est que le trafic des voyageurs.

Dans un arrêt du 5 janvier 1934 le tribunal de commerce de Reims affirmait que « seul le stationnement peut être l'objet d'une réglementation administrative... que l'arrêt au contraire échappe à toute réglementation, qu'il est un aspect de la liberté d'aller et venir, d'user de la voie publique sous la seule réserve de réglementations générales ... que les entreprises prétendent à juste titre user de la voie publique en y circulant, en s'y arrêtant à leur gré sans y stationner, qu'un tel usage entre dans le cadre d'utilisation normale de la voie publique »¹.

Cependant la logique du raisonnement obligeait à considérer un pareil arrêt comme une utilisation anormale, puisqu'il n'a pas pour but la desserte d'un immeuble : c'est ce que la jurisprudence admettait depuis longtemps pour les arrêts de tramways et des voitures publiques, assujettis à ce titre au paiement de droits².

Ce point de vue est maintenant admis par le Conseil d'Etat³ et aussi par la Cour de cassation⁴, qui a pris le contrepied de la juridiction consulaire, attachée au principe libéral. Selon les règles du régime que l'on va exposer, de pareils

1. Ardon, 5 janv. 1934, D. H., 1934.175. Il s'agissait d'un arrêté préfectoral assujettissant les arrêts d'une entreprise de transports à des conditions draconiennes. En la matière, le préfet a le pouvoir de « fixer les points de stationnement » (Code de la route, art. 36). Mais précisément, le tribunal tire du caractère normal des arrêts cette conclusion que le code de la route n'a pu viser que le stationnement privatif aux terminus.

2. V. jurispr. citée par J. Barthélemy, article précité, cf. notamment : D. 59. I. 516 et arrêts cités au Bequet v^o Voitures publiques n^o 1527 et suiv. — Cass. Req., 13 nov. 1882, D. P. 1885.I.23.

3. Société des autobus antibois, 29 janvier 1932 : Pouvoir du maire d'interdire tout arrêt ou ralentissement des autobus dans l'agglomération de Cannes. De même pour le préfet : 11 juillet 1934, D. P., 1934.III.41.

4. 3 nov. 1934, D. H., 1934, 559 : « Il appartient au maire et au préfet de fixer aux entreprises de transport en commun aussi bien les points d'arrêt pour laisser monter ou descendre les voyageurs que les points de stationnement proprement dits ».

arrêts peuvent être soumis à une intervention administrative fixant des emplacements obligatoires¹, édictant des interdictions².

Cette théorie du stationnement aboutit à cette idée qu'il faut maintenant distinguer un *stationnement normal* et un *stationnement anormal*. A quel régime juridique peuvent être soumis ces deux types d'utilisation du domaine?

§ I. Le stationnement normal.

Ce stationnement est soumis au régime de droit qui est celui de tout usage commun et normal des voies publiques.

I. Régime pénal : légitimité du stationnement. — C'est ce qui s'applique d'abord au *régime pénal*. Tout usager des voies publiques a le pouvoir de s'y arrêter pour accéder aux maisons riveraines; l'exercice de ce *pouvoir ne peut pas constituer une contravention*. La jurisprudence pénale applique maintenant cette idée : elle décide par exemple qu'est légitime le stationnement d'un agent d'assurances devant l'immeuble d'un client chez lequel il va opérer des recouvrements³.

Sans doute est-il essentiel de noter que le texte appliqué a été modifié dans sa teneur : à l'interdiction du « *stationnement sans nécessité* » a succédé depuis 1928 celle du stationnement « *sans motif légitime* ». L'expression est évidemment plus libérale, le but de la nouvelle rédaction est d'ailleurs de mettre un terme à la jurisprudence draconienne de la Cour de cassation mais au fond elle ne projette pas par elle-même de bien grandes clartés sur la notion de stationnement autorisé car la question est précisément de savoir quand le stationne-

1 et 2. *Meley et Autobus antibois cités ci-dessus.*

3. Cass. crim., 3 novembre 1928, *D. H.*, 28.561 : « Attendu que Calime, en laissant stationner son véhicule devant chez la dame Bréhant, n'a pas excédé le temps nécessaire pour se rendre au domicile des personnes chez lesquelles il avait à opérer des recouvrements en sa qualité d'agent d'assurances... »

On retrouve dans la formule les deux éléments du stationnement normal : l'*idée de desserte*, et celle d'une *durée* correspondant aux besoins de cette desserte.

Cf. Cass., 7 juillet 1934, *D. H.*, 1934. p. 446 : Un voyageur de commerce n'est pas en contravention pour avoir laissé stationner sa voiture devant la maison d'un client durant le temps nécessaire pour présenter ses marchandises.

ment a un motif légitime. La Cour de cassation paraît, comme on vient de le dire, donner à la notion pénale de stationnement légitime le même contenu qu'à la notion administrative de stationnement normal : elle rattache, elle aussi, le pouvoir de stationner à la desserte des propriétés riveraines¹.

Peut-être la jurisprudence judiciaire a-t-elle parfois incliné vers une autre interprétation : elle paraît rattacher parfois le motif légitime au *motif d'ordre professionnel* ; dans un arrêt assez obscur et vivement critiqué elle distingue les « besoins légitimes de la profession et les simples convenances personnelles pour la commodité du commerce² ».

Ce point de vue, qui tient compte non seulement du but direct du stationnement mais des intentions et des mobiles indirects poursuivis par l'usager, méritait d'être noté ; nous aurons l'occasion d'en reparler plus tard.

II. Régime administratif : liberté et gratuité du stationnement. — Le régime administratif et financier du stationnement normal comporte logiquement la liberté et la gratuité. C'est là en effet le régime appliqué à cette utilisation : lorsque l'administration institue un régime de police, ce régime ne peut être appliqué ni aux riverains pour les besoins de leur desserte³, ni en général aux usagers « ayant à desservir des maisons de commerce ou d'habitation de la localité⁴ ».

Mais on a dû établir à côté de ce régime normal un régime *exceptionnel* comportant l'obligation de rejoindre un emplacement imposé et même celle d'acquitter une redevance. On y a été amené pour résoudre les difficultés épincuses de la circulation parisienne ; ce régime est dominé par l'idée qu'il

1. Cass. crim., 9 juillet 1931, D. H., 31.525 : Stationnement d'un client devant une banque le temps de toucher un chèque.

2. Cass. Crim., 17 nov. 1928, D. H. 1929.53. — Cf. Saint-Etienne, 27 janvier 1933 (Gaz. comm. Lyon 1933, 125) : « ... Que ce stationnement semble bien commandé par un motif légitime... compte tenu des *nécessités de la profession* de la société intéressée ».

3. Sté des transports niçois, précité.

4. Despujol précité : Ces usagers ne doivent pas être soumis au régime autorisé et payant auquel sont assujettis les touristes venus visiter le château.

s'agit d'une règle d'exception, ne cadrant pas logiquement avec la théorie, mais constituant pour les usagers un sacrifice d'ordre exceptionnel : cette idée entraîne pour ce régime *trois règles* :

1° D'abord il ne peut être institué que dans des circonstances *exceptionnelles*. Il semble bien qu'à l'heure actuelle seule la *situation des rues parisiennes* permette de l'appliquer.

2° Même dans ce cas l'administration ne peut soumettre entièrement le stationnement à ce régime de police. Elle peut seulement réduire la durée *au temps strictement nécessaire* pour le mouvement des voyageurs et des marchandises : ce minimum, qui répond à ce qu'était jusqu'ici le droit d'accès au sens strict doit toujours être respecté : c'est là le point-limite des sacrifices qui peuvent être exigés des riverains.

3° Enfin l'administration doit accorder aux riverains des compensations, par exemple établir dans un rayon aussi proche que possible des parcs de stationnement gratuits, où le stationnement normal ainsi tronqué pourra achever de s'exercer sous un régime de droit¹.

1. Les différentes règles de ce régime d'*exception* ont été établies à l'occasion de l'affaire du 11 décembre 1931. *Ligue parisienne pour la défense du commerce*, S. 33.III.57, *Concl. Rivet, Note Mestre*.

L'administration avait, dans une rue commerçante, établi des parcs de stationnement payants et limité le droit des riverains de stationner librement devant leurs immeubles au temps strictement nécessaire pour le maniement des marchandises : le stationnement normal comprend plus que ce simple arrêt : il est donc dans une certaine mesure soumis à un régime de police et de plus, les parcs étant payants, à un régime de redevance. Le Conseil d'Etat constate bien qu'il y a là une « gêne » exigée des usagers : il consacre cependant la légalité d'un régime d'exception dans des circonstances et aux conditions que nous analysons au texte : « Considérant que l'ordonnance, en vue d'assurer la *desserte* des immeubles dont s'agit, dispose que, même sur les emplacements réservés le passage devra toujours être laissé libre au droit des portes cochères, d'autre part que les véhicules qui desserviront lesdits immeubles pourront stationner afin de permettre la montée et la descente des voyageurs, ainsi que le chargement et le déchargement des marchandises, que si cette ordonnance limite au temps strictement nécessaire pour ces opérations la durée du stationnement qu'elle autorise, la *gêne* qu'elle apporte ainsi à l'exercice par les riverains de leur droit de stationner — *atténuée d'ailleurs par la présence de parcs gratuits à proximité*, n'excède pas celle que le préfet pouvait imposer étant donné les difficultés particulières de la circulation dans la ville de Paris ».

§ II. Le stationnement anormal.

Ce stationnement est soumis à un régime administratif et financier exceptionnel. Ce régime s'explique par le fait qu'il s'agit d'une utilisation anormale du Domaine.

I. Le régime administratif.

1^o *Détermination du stationnement anormal.* — L'idée première est qu'il s'agit d'une utilisation anormale. La première règle est donc que seul le stationnement anormal peut être soumis au régime administratif nouveau. L'application de cette règle est simple lorsqu'il est possible de distinguer l'usager anormal : c'était le cas dans l'affaire du château de Chambord où tous les touristes stationnant aux abords du château représentaient cette catégorie. Il est évident que dans les villes la distinction est impossible : à quoi reconnaître parmi les voitures paisiblement arrêtées au bord du trottoir celle dont le propriétaire est précisément dans l'immeuble riverain de celle dont le détenteur est parti visiter la ville ? Le Conseil d'Etat applique deux règles simples et pratiques :

Sur une voie l'administration ne peut instituer un régime *général* de police ou d'interdiction : ce régime atteindrait en effet les stationnements normaux¹.

L'administration doit « *définir* » le stationnement soumis au régime exceptionnel². Cette définition doit se faire en fixant la durée au delà de laquelle s'applique le régime de police³. Ainsi le stationnement soumis au régime de police est d'une façon générale le *stationnement prolongé* des véhicules.

1. *Asi* précité, *D. H.*, 24.626 : « Considérant que s'il appartenait au maire de Roubaix de fixer... la durée du stationnement, il n'a pu prononcer sur le parcours envisagé et *sans aucune réserve pour la desserte des maisons riveraines*, l'interdiction générale et absolue. »

2. *Laurens*, *précité* : « ... que le maire n'a pas défini le stationnement assujéti à la taxe.. ».

3. *Genthon*, 6 mai 1932, *D. P.*, 32.III.25 : « ... Considérant que les arrêtés ne précisent pas la durée au delà de laquelle le stationnement ne pourra s'effectuer en dehors des emplacements réservés et sera regardé comme une usurpation sur le domaine public... ».

2^o *Régime administratif du stationnement anormal.* — Ce régime comporte un certain contenu ; d'autre part lorsqu'elle intervient pour l'imposer l'administration est soumise à certaines règles.

L'idée est qu'il s'agit d'un usage anormal pour lequel l'usager ne peut invoquer aucun droit, pour lequel peut être institué un régime de police :

L'administration peut en interdire l'exercice à certains endroits¹. Elle peut d'autre part l'interdire partout sauf en certains endroits : cela légitime précisément l'emplacement obligatoire, le régime du parc² et pour les entreprises de transport la fixation de points d'arrêt.

D'autre part dans cette intervention l'autorité de police est soumise à certaines règles : dans quelles conditions doit jouer le régime de police ? L'administration a-t-elle pour l'établir et l'appliquer un pouvoir discrétionnaire ? Peut-elle interdire radicalement le stationnement anormal ?

Logiquement il semble que si un pareil usage est anormal l'administration doit être entièrement libre à son égard. Cependant on fait ici une distinction pour appliquer de nouveau le point de vue des libertés exercées sur le Domaine :

A. Si l'usager prétend exercer une *activité quelconque* qui ne peut être considérée comme l'exercice d'une liberté précise, organisée par la loi, l'autorité de police peut procéder à une *interdiction absolue* et elle possède pour cela un *pouvoir discrétionnaire*. C'est par exemple le cas d'un amateur de camping qui prétend faire séjourner sa roulotte automobile plusieurs jours sur une place publique³.

1. Cass. crim., 10 mai 1924, *Zahar, D. H.*, 24.415 : L'arrêté interdisant rigoureusement le stationnement des autobus dans une rue est légal.

2. *Despujol précité* : « L'obligation de ne stationner qu'à certains endroits a pu dès lors être imposée aux véhicules n'ayant pas à desservir une maison d'habitation ou de commerce de la localité ».

Genthon, 6 mai, précité : « Il appartient au maire de déterminer la durée et les conditions d'usage du domaine public, en particulier par la détermination d'emplacements affectés au stationnement des voitures ».

3. *Dulaurens-Préticille, 3 juin 1932, D. P.*, 32.III.54. Le requérant s'était heurté à un refus absolu du maire de Bayonne d'autoriser son stationnement, le Conseil d'Etat se borne à constater que « le sieur Dulaurens n'établit pas que le maire lui ait opposé un refus pour des motifs étrangers à l'intérêt général ».

B. Au contraire s'il s'agit de l'*exercice d'une liberté publique reconnue*, en particulier de la liberté du commerce et de l'industrie, on considère que cet exercice ne peut être soumis à un régime d'interdiction ou d'intervention discrétionnaire; on tient compte de cette idée que les libertés publiques ne peuvent être sur le domaine affecté au public, que réglementées dans leur exercice; seulement comme cet exercice constitue un usage anormal du domaine on admet maintenant que l'intervention administrative peut aller jusqu'au régime de police. L'administration doit permettre dans la mesure du possible l'exercice des libertés même lorsque cet exercice se traduit par un stationnement qui n'est pas un usage normal de la voie¹. Cette idée a été appliquée au stationnement des marchands ambulants sur la rue en vue de la vente : le maire ne peut interdire d'une manière absolue, il ne peut que fixer les emplacements où le stationnement devra obligatoirement s'exercer, en déterminer le nombre et la répartition sous le *contrôle du juge de la légalité* qui apprécie non seulement le but poursuivi mais les motifs des décisions².

1. Ce point de vue est brillamment développé par M. Detton dans ses conclusions sur l'affaire Dulaurens citée ci-dessus : « Les pouvoirs très généraux que donne au maire la police municipale l'autorisent très certainement à permettre le stationnement même non nécessaire... Le maire ne doit porter atteinte aux libertés publiques que dans la mesure strictement nécessaire... Le stationnement, même non nécessaire, est le plus souvent l'accessoire d'une *liberté publique*... l'interdire d'une manière absolue constitue une atteinte certaine à la liberté de circuler des usagers de la route... Sans doute la loi l'interdit mais le maire peut tempérer les rigueurs de la loi. Si donc il interdit d'une manière absolue tout stationnement il ajoute à la loi, il se défend de délivrer des autorisations de stationner, il porte atteinte par voie générale à la liberté de circuler. »

2. *Grundmann*, 8 déc. 1933, S. 34.III.99. Il s'agissait de marchands ambulants qui sollicitaient l'autorisation de stationner dans une ville pour y exercer leur commerce. En fixant les pouvoirs du maire à leur égard, le Conseil d'Etat marque bien que ce pouvoir ne comporte ni la possibilité d'interdire ni celle d'instituer un régime d'autorisation à pouvoir discrétionnaire : « Il appartient seulement au maire, en vue de remédier aux inconvénients pouvant résulter pour la circulation et l'ordre public de l'exercice de ces professions, de prendre les mesures nécessaires pour assurer le libre passage et notamment... de *fixer des emplacements réservés* à la vente et même dans certains cas de limiter le nombre des marchands admis... d'après un ordre de préférence dont il appartiendra *au juge de l'excès de pouvoir* de vérifier s'il a été établi pour des motifs légitimes ».

II. Le régime financier

L'intervention financière se présente sous la forme de redevances imposées au stationnement. Elle soulève plusieurs problèmes.

1° L'administration peut-elle soumettre l'autorisation qu'elle accorde à la *condition de payer une redevance*? Le stationnement prolongé étant essentiellement le fait des automobiles, la redevance peut-elle frapper *uniquement* les automobilistes?

2° Quels *rapports* existent entre la réglementation du stationnement et la redevance, entre le pouvoir de police et le pouvoir financier?

3° Enfin quel est le *caractère juridique*, quel est le *fondement juridique* de la redevance?

1° Depuis l'affaire Laurens, le Conseil d'Etat admet que « les permissions spéciales de stationnement accordées par le maire donnent lieu à la *perception de droits*¹ ».

Mais le régime est dominé par l'*idée d'égalité* et dans l'esprit du Conseil d'Etat les automobiles ne constituent pas une catégorie spéciale de véhicules, leur stationnement n'est pas « une occupation d'une nature particulière »; le Conseil applique cette idée avec une rigueur qui montre combien elle est essentielle à ses yeux : toute mesure instituant « une redevance spéciale sur les automobiles² » ou frappant les automobiles plus lourdement que les véhicules à traction animale³ est annulée impitoyablement comme « établissant une inégalité de régime fiscal pour une même nature d'occupation ».

2° Les rapports entre la réglementation et la redevance sont inspirés du principe rappelé par l'arrêt de la Cour de cassation de 1903 : *distinction de la police et du pouvoir financier*. La réglementation ne peut être que l'occasion de

1. Laurens, précité, cf. Genthon et Despujol, précités.

2. Laurens, précité.

3. Affaires Genthon, 5 juin 1929, p. 542, 10 avril 1930, p. 418, 6 mai 1932, D. P., 32.III.25.

l'intervention financière, le moyen de déterminer quel stationnement y sera soumis : la réglementation ne doit pas avoir pour but de permettre une intervention financière de l'assemblée communale¹. D'autre part la perception de la redevance n'est pas assortie des procédures techniques qui sont au service du pouvoir de police ; l'administration ne peut procéder au recouvrement des droits ni par une mesure d'exécution d'office², ni par la contravention dont se trouve assorti tout arrêté de police³. Enfin la distinction de la réglementation et de la redevance oblige à chercher en dehors du pouvoir de police la cause juridique de la redevance, la justification de l'intervention financière.

3° Le Conseil d'Etat considère la redevance comme une *taxe*. Il en déduit les conséquences suivantes :

La taxe doit être prévue par un texte : le Conseil vise l'article 133 § 7 de la loi du 5 avril 1884.

Les réclamations soulevées par l'application de la taxe sont de la compétence des tribunaux judiciaires⁴.

La taxe, visant des faits de stationnement superficiel, est perçue par l'autorité qui exerce sur le domaine les pouvoirs de police⁵.

Enfin la taxe est due personnellement par l'usager : ainsi le maire ne peut en déclarer responsable l'hôtelier pour les voitures de ses clients stationnant sur la voie publique (*Nantes*, 19 janv. 1934, *Gaz. Pal.*, 24 mars 1934).

S'il est difficile de découvrir dans les arrêts une position bien nette sur le fondement juridique de la redevance (les

1. *Despujol (a contrario)* : « Il résulte de l'instruction que la réglementation du stationnement aux abords du château est nécessaire pour assurer la liberté de la circulation sur les voies publiques. »

2. Par exemple la mise en fourrière : *C. E.*, 8 nov. 1932, *Gaz. Pal.*, 27.12.1932. Solution déjà ancienne : 14 février 1908, p. 142 : « Après le 3^e procès-verbal les chevaux stationnant sans autorisation sont considérés comme errants et mis en fourrière » (Annulé).

3. « Attendu que de ce refus (de payer la taxe) naissait une action civile ayant pour unique objet l'intérêt privé de la commune » *Cass. crim.*, 23 juillet 1927, *Despujol*, *D. P.*, 1928.1.53.

4. *Cass. Despujol*, *d.*, *D. P.*, 28.1.53.

5. Dans l'affaire *Despujol* la taxe établie aux abords du château de Chambord était perçue par la commune sur une portion de route nationale.

articles visés prévoyant des ressources d'origines très diverses) il est cependant possible de voir dans les expressions employées l'indication d'une opinion : la redevance est correcte lorsqu'elle est perçue sur « *l'occupation du domaine public excédant son usage normal* ». En somme le Conseil fait à la fois appel à deux idées : celle d'*usage anormal* et celle d'*usage privatif* soulignée par le terme d'occupation. Nous ne voulons pas prendre ici parti sur le véritable fondement de la redevance mais nous ne pouvons nous retenir de dire dès maintenant combien l'explication esquissée paraît contradictoire. Si l'utilisation est envisagée au moment où elle s'exerce sur un emplacement réservé, comment parler d'usage anormal alors qu'il s'agit d'un emplacement affecté à cet usage ? Si par contre on l'envisage alors qu'elle se produit sur la voie, avant l'intervention du pouvoir de police, comment parler d'occupation privative sans retomber dans une confusion maintes fois signalée entre le stationnement au sens courant de ce mot et le stationnement privatif au sens juridique et technique¹ ?

§ III. La nature des droits des propriétaires riverains.

On vient de le voir : la théorie du stationnement a subi avec le développement de la jurisprudence administrative une évolution importante.

Or nous croyons que cette évolution est de nature à fournir une indication utile sur le problème de la *situation du riverain* des voies publiques. Cela tient à une innovation

1. Il semble bien au fond que cette confusion ne soit pas toujours évitée : Roussellier (*Concl. sur l'affaire Genthon*) « la notion de stationnement implique une durée limitée à des besoins particuliers ; lorsque cette situation se prolonge au delà de ces besoins on n'est plus en présence d'un stationnement mais d'une *occupation privative du domaine*... »

Rivet (*Concl. sur l'affaire Laurens*) : « Le stationnement des entreprises de transport qui viennent à intervalles rapprochés s'arrêter régulièrement sur les mêmes points... il s'agit d'une occupation pratiquement constante du domaine. »

Ainsi apparaîtraient deux catégories nouvelles d'utilisation privative : le *stationnement prolongé* et le *stationnement renouvelé*.

sérieuse qu'elle apporte : le droit d'accès n'est plus considéré comme une prérogative exclusive du riverain, il appartient également à tout usager de la voirie ; il y a donc maintenant dans les deux situations : celle du riverain et celle de l'usager ordinaire, un trait commun, un pouvoir juridique que l'on retrouve dans les deux. Cet élément commun va permettre de comparer plus facilement les deux situations, de se demander si dans les deux situations il a la même nature, le même caractère. Or il semble que de cette comparaison les deux situations sortent maintenant rapprochées, que l'évolution actuelle des régimes juridiques donne raison à l'opinion qui se refuse à voir dans les droits du riverain des droits *spéciaux*.

On pourrait d'abord constater que le droit d'accès existant maintenant dans les deux situations avec la même contenu, la même énergie paraît bien dans les deux cas avoir la même nature juridique.

Il y aurait cependant deux points de vue qui permettraient de le contester ; ils méritent à ce titre d'être appréciés l'un et l'autre.

1° On pourrait d'abord dire : le droit d'accès n'existe que chez le riverain comme conséquence de la propriété mais le riverain peut le *transmettre* à un tiers, en faire bénéficier les tiers. C'est ce que l'on semble dire parfois en distinguant l'accès actif et passif¹ ; ainsi le droit d'accès conserverait ce caractère d'être un droit spécial du riverain.

2° Mais on a employé aussi un autre raisonnement : le droit d'accès existerait bien au profit des deux catégories d'usagers et directement au profit de l'un et de l'autre mais précisément *il n'aurait pas la même nature dans les deux cas*, il s'agirait de deux droits différents : Il y aurait d'abord le pouvoir du riverain qui « apparaît comme la mise en œuvre d'une de ces aisances de voirie qui doivent s'analyser en un droit du propriétaire sur la voie » et d'autre part le droit de

1. V. Ottoz., *Le stationnement des véhicules sur la voie publique*, thèse Paris, 1934.

tout individu usager de la voie d'accéder aux propriétés en bordure, droit qui présenterait un caractère différent : « l'exercice du droit d'accès qui est, si on l'envisage au point de vue du propriétaire une des formes de son droit de riveraineté, peut également être considéré du côté du public qui circule sur les voies comme une manifestation de la faculté générale d'aller et venir. La liberté générale de la circulation comporte évidemment comme une conséquence nécessaire la faculté d'accéder au lieu de destination. De la sorte l'arrêt des véhicules devant les maisons doit être considéré comme un procédé d'utilisation du domaine aussi normal que la circulation proprement dite¹ ».

Or ces deux constructions ne nous paraissent pas admissibles et cela résulte pour l'une comme pour l'autre de *l'origine* que l'on donne maintenant au droit d'accès :

1^o Le droit d'accéder aux immeubles en bordure résulte maintenant de la *destination de la voie publique*, il est un effet du régime juridique de la voirie. La destination de la voie comporte le pouvoir d'accéder aux propriétés riveraines ; pour déterminer l'origine du droit d'accéder on se place maintenant, si nous pouvons nous exprimer ainsi, non plus du côté de la propriété mais du côté de la voie. Ainsi qu'il s'agisse du riverain ou des autres usagers leur droit d'accès a dans les deux cas la même origine, la destination du domaine, il n'est donc dans les deux cas que le pouvoir d'utiliser le domaine conformément à cette destination. Ainsi la communauté d'origine implique que les deux droits doivent avoir une nature identique.

2^o Mais d'autre part la nature de cette origine implique que ce droit ne peut pas être considéré comme transmis par le riverain aux tiers. Cette conception supposerait que le droit d'accès est transmis d'un patrimoine dans un autre donc qu'il a un caractère patrimonial. Or ce point de vue a pu être admis autrefois mais on doit l'abandonner et en fait

1. Mestre, Note au Sirey, 1933.III.57.

on l'abandonne de plus en plus, cela parce que, étant donné son origine, le droit d'accès ne peut pas avoir cette nature.

Ainsi il existe maintenant un pouvoir, le pouvoir d'accéder aux propriétés en bordure de la voie publique, que l'on retrouve dans les deux situations, celle du riverain et celle de l'usager ordinaire et qui permet par conséquent de comparer ces deux situations ; ce pouvoir a un certain fondement : l'affectation de la voie à un certain but. La nature de cette origine implique que ce pouvoir existe distinctement dans les deux situations, qu'il n'est pas transmis de l'une à l'autre ; la communauté de cette origine implique d'autre part que ce pouvoir est identique dans les deux cas, qu'il a dans les deux le même caractère juridique, qu'il n'est pas dans l'un des deux cas un droit *spécial*.

Nous nous demandons d'ailleurs s'il n'y a pas dans la jurisprudence récente en matière de droit d'accès une autre indication et dans le même sens : si l'on attribue aux aisances de voirie un caractère patrimonial, si on les considère comme des prérogatives de la propriété exercées sur le domaine public, il paraît logique de les placer sur le même plan, de leur accorder la même valeur parce que le fondement qui est la « commodité » de la propriété les justifie toutes de la même manière.

Si l'on considère au contraire ces facultés comme le pouvoir de tout usager d'utiliser la voie publique on peut être amené à les traiter de manières différentes parce qu'elles ne sont pas toutes impliquées, justifiées aussi nécessairement par la destination de la voie ; il semble par exemple que la destination de la voie qui est essentiellement de permettre les relations territoriales implique beaucoup plus impérieusement le droit d'accéder que celui de faire écouler des eaux sur la voie publique.

On a en général l'habitude, en groupant toutes ces facultés dans une catégorie unique, de les mettre ainsi toutes sur le même plan. La jurisprudence s'est chargée de montrer que leur régime juridique était loin d'être toujours le même : deux

arrêts de la Cour de cassation du 10 février 1873 (*D. P.* 73. 1. 273) et du 4 juillet 1914 (*S.* 1916. 1.57) ont reconnu la possibilité pour l'autorité administrative de soumettre le droit d'écoulement des eaux à un régime qui n'est ni totalement libre, ni totalement gratuit : le premier déclare régulier l'établissement par la ville de Marseille d'égouts publics payants dont l'usage peut être imposé aux riverains. Le second reconnaît au maire le droit d'interdire dans un but de salubrité le déversement des eaux ménagères sur la voie publique durant une partie de l'année. Si l'on songe que la faculté en question est reconnue par le Code civil (art. 681) et que les décisions sont rendues par des tribunaux judiciaires on comprend sans peine l'étonnement des annotateurs de ces deux arrêts et leurs critiques imprégnées de « propriétaireisme » : on remarque aussi qu'à une époque déjà ancienne l'une de ces fameuses aisesances n'opposait plus au pouvoir policier qu'une résistance assez précaire. Dans son article déjà cité M. Bastid estime, il est vrai, que le droit d'accès pourrait subir le même sort ; il constate que toutes les facultés du riverain s'affaiblissent devant la police et devant le service public : En fixant en 1932 la limite extrême où peut aller cet affaiblissement dans les circonstances les plus exceptionnelles, en proclamant que la faculté d'accéder ne pouvait, elle, jamais cesser d'être libre et gratuite, le Conseil d'Etat, deux ans après l'article de M. Bastid, montre qu'il faut se garder de conclure du régime d'une aissance de voirie à celui des autres, que le respect dû à ces facultés ne s'impose aux autorités chargées d'assurer la destination de la voie que dans la mesure où elles représentent elles-mêmes le pouvoir légal d'utiliser la voie conformément à sa destination¹.

1. On pourrait faire la même remarque au sujet du *droit de vue* qui, à notre avis est impliqué par la destination de la voie d'une manière beaucoup moins impérieuse que l'accès et qui par conséquent dans notre raisonnement doit offrir au pouvoir de police une résistance plus précaire. Nous croyons que la jurisprudence vient, ici encore, à l'appui de notre prévision : dans un arrêt du 26 novembre 1908 (*S.* 1911.II.209) la cour de Toulouse déboute un riverain qui se plaignait de l'érection devant ses fenêtres d'un kiosque à journaux, la cour ajoute que « l'administration a la faculté... de masquer les portes et fenêtres par

des constructions; la formule provoque naturellement les protestations de l'annotateur, M. le prof. Mestre, pour qui les aisances de voirie doivent être considérées toutes au même titre comme des prérogatives de la propriété exercées sur le domaine public. Lorsque l'on rapproche le traitement qui est ainsi fait au droit de vue et celui que la Cour de cassation réserve parfois au droit d'écoulement on est porté invinciblement à les opposer aux protections efficaces dont la jurisprudence entoure le droit d'accès, à réfléchir sur la nécessité d'établir entre ces « aisances » une hiérarchie de valeur qui se justifie mal à notre avis dans la donnée de prérogatives patrimoniales issues de la propriété, qui s'explique au contraire fort bien dans la donnée d'un pouvoir d'utiliser la voie conformément à sa destination.

TITRE III

EXAMEN CRITIQUE DES EXTENSIONS DE L'INTERVENTION DE POLICE

Il s'agit maintenant de rechercher si cette évolution de l'intervention de police en matière d'utilisation des voies publiques, qui se traduit par un certain progrès du régime de police, est vraiment justifiée par l'idée d'un usage anormal de la voirie ; ou bien s'il y a lieu de recourir à une autre idée pour assurer cette justification. Ces deux questions forment respectivement l'objet des deux chapitres qui vont suivre :

1. La justification du régime de police par l'idée d'usage anormal.

2. La justification de ce régime en dehors de l'idée d'usage anormal.

CHAPITRE I

LA JUSTIFICATION DU RÉGIME DE POLICE PAR L'IDÉE D'USAGE ANORMAL.

La multiplication des cas où l'usage de la voirie est soumis à un régime préventif de police a amené, pour expliquer juridiquement ce régime, à considérer les activités qui y sont soumises comme des utilisations anormales de la voie. L'utilisation anormale, jadis réservée à la catégorie des occupations privatives, a donc reçu une extension singulière. Est-elle bien justifiée ? Il faut, pour s'en assurer répondre aux deux questions suivantes :

1° Les utilisations envisagées c'est-à-dire les utilisations communes peuvent-elles vraiment, étant donné leurs *caractères*, être considérées comme des utilisations anormales de la voirie ?

2° Le régime auquel elles sont soumises est-il *bien expliqué* par l'idée d'usage anormal ? S'il y a vraiment usage anormal, est-ce bien ce régime qui s'impose ? Quel est donc le régime logique d'un usage anormal du domaine public ?

SECTION I. — L'ATTRIBUTION DU CARACTÈRE ANORMAL A CERTAINS USAGES COMMUNS.

On a pu remarquer que pour qualifier anormales les activités que nous étudions ici on ne s'est pas toujours placé au même point de vue : lorsqu'on déclare qu'un camion qui défonce les chemins fait du domaine un usage anormal on envisage

les caractères extérieurs, les résultats de l'utilisation. Au contraire lorsqu'on qualifie anormal l'essai d'une automobile sur une route, on tient compte du but poursuivi par l'utilisateur.

Dans les deux cas cependant on envisage bien la destination du domaine mais dans le premier c'est pour dire que la voie publique est faite seulement pour un *usage moyen, paisible*, dans le deuxième, qu'elle est destinée à un *but de circulation* et non d'expériences.

Or il nous semble que ni l'un ni l'autre de ces points de vue ne doivent être retenus, que dans les deux cas on fait état d'éléments qui ne doivent pas être pris en considération.

§ I. L'idée d'usage abusif de la voirie.

Dans un premier point de vue l'usage de la voirie comporterait des conditions moyennes au delà desquelles il deviendrait anormal. On pourrait aussi bien ou peut-être mieux parler d'*usage excessif, abusif*.

I. — Ce point de vue éveille invinciblement un rapprochement avec une notion dont on va voir qu'elle n'est pas seulement d'une ressemblance apparente : il s'agit de la notion civiliste de l'*abus des droits* ou plus exactement d'une certaine formule qui a quelquefois été donnée de cette notion. On sait que cette notion comporte deux formes que l'on a parfois appelées la forme psychologique et la forme matérielle ; dans la première forme l'acte abusif est caractérisé par le but poursuivi par l'auteur : c'est le cas du propriétaire qui élève un mur dans l'intention de nuire à son voisin. Mais il existe, du moins dans une certaine conception, une deuxième forme d'acte abusif : il s'agit d'actes qui seraient abusifs non par leur

1. C'est de ce seul point de vue que l'on peut qualifier anormale la circulation des véhicules de poids excessif ; mais on a vu que c'était parfois de ce point de vue qu'on appréciait aussi les autres utilisations : Pour les transports en commun on a fait valoir le caractère *dangereux* de leur circulation ; pour les essais le Conseil d'Etat parle d'« usage excédant les conditions ordinaires de la circulation » — enfin le Conseil a déclaré dans l'arrêt Despujol que les stationnements des voitures de touristes constituaient « à raison de leur *nombre* et de leur *durée* une occupation du domaine excédant son usage normal. »

but mais par leur objet, ce serait par exemple le cas des inconvénients anormaux du voisinage. Il faut ajouter que la majorité de la doctrine civiliste repousse cette deuxième forme et considère qu'il n'y a pas là des actes abusifs mais des actes illicites¹. Cependant, pour dominant que soit ce dernier point de vue il n'a pas été toujours admis unanimement : on a donné parfois une autre formule et c'est cette formule qui se rapproche précisément de celle de l'usage anormal de la voirie. Cette formule a surtout pris corps au sujet du droit de propriété² parce qu'on a longtemps considéré qu'il y avait là un droit absolu, sans limite, dont l'exercice par conséquent ne devenait jamais illicite mais abusif, on a même parlé, ce qui renforce le rapprochement, d'un usage « anormal » du droit de propriété. Si l'on veut bien y songer, dans notre matière le point de vue est bien le même : les droits ne doivent être exercés que dans des limites moyennes, normales au delà desquelles s'ouvre le domaine de l'abus et de la responsabilité. Pourquoi cette limite moyenne que l'on assigne au droit de propriété ne jouerait-elle pas pour le droit d'utiliser le domaine public ? A l'abus des droits dans l'exercice des droits subjectifs civils correspond ici l'abus dans l'exercice de ce qu'on appelle parfois les droits publics subjectifs.

Ce rapprochement fait prévoir que notre matière pourrait fournir des cas où la jurisprudence civile lui appliquerait la

1. V. sur cette théorie J. Brèthe, *Note au S.* 1925.1.217. On sait d'autre part que certains auteurs repoussent la catégorie de l'acte abusif non seulement sous cette deuxième forme mais encore sous la première : parmi les civilistes c'est l'opinion bien connue de Planiol.

Cf. JOSSEERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1927.

2. Cette formule de l'abus des droits a surtout été utilisée dans deux notes connues :

FERRON (*S.* 1905.2.17) : « Il y a acte abusif lorsqu'un individu a, par un *développement excessif* de son activité, de sa liberté, entravé le *développement normal* de l'activité, de la liberté de son voisin ».

RIPPERT (*D.* 1907.1.386) : « Celui des deux propriétaires qui a causé le dommage c'est celui qui a *détruit le rapport normal* existant entre les deux propriétés celui qui a fait de sa propriété un *usage anormal, exceptionnel*. Ce ne seront donc pas seulement les actes intentionnellement dommageables, les contraventions aux lois et règlements, les négligences et imprudences qui seront considérés comme faits générateurs de responsabilité, mais encore tous les usages de la propriété qui peuvent être considérés comme exceptionnels, source d'inconvénients dépassant la mesure ordinaire des obligations du voisinage. »

notion civiliste d'abus des droits, ce serait le cas où l'usage dit anormal de la voirie causerait un dommage non plus à la voie mais à un particulier; il s'en est fallu de peu que l'occasion nous en soit offerte: il s'agissait d'un riverain de la voie publique dont la maison était lézardée de larges crevasses, dommage qu'il attribuait au passage fréquent de lourds camions sur la voie : « Considérant, décide la cour d'appel de Paris, qu'il n'est aucunement démontré que le poids des véhicules soit excessif, leur circulation trop fréquente et leur vitesse anormale¹... » Mais quel point de vue aurait adopté la Cour si la démonstration avait été faite? C'est aussi la question que se pose l'annotateur au Dalloz, H. L. Citons la réponse qu'il se donne à lui-même : « L'usage de la voie publique peut constituer un quasi-délit quand il dégénère en abus... l'abus d'un droit permet à celui qui en souffre d'obtenir réparation. De même que l'abus du droit de propriété peut constituer un trouble... de même *l'abus du droit de circuler dans la rue* devient un trouble dont les riverains sont fondés à demander indemnité² ».

II. — On peut se demander si ce rapprochement de l'usage anormal et de l'abus des droits tient à une pure coïncidence ou si la rencontre des deux notions n'a pas une portée plus grande.

Il nous semble en effet qu'elle est impressionnée par un point de vue beaucoup plus général, qu'elle se rattache à toute une position prise sur le problème du droit et de la sociologie. Il s'agit de la *distinction du normal et de l'anormal* appliquée par certains philosophes en particulier par Durkheim aux phénomènes sociologiques en général : serait normal tout fait rentrant dans la moyenne des faits sociaux, anormal tout

1. 6 fév. 1913. *Cie gle des omnibus*, D. P., 1913.2.363.

2. Le 24 avril 1865 (D. P. 66.1.35) la Cour de cassation, saisie de la requête d'un riverain qui se plaignait du stationnement prolongé devant sa maison des spectateurs d'un théâtre voisin avait déclaré le directeur du théâtre responsable ; mais elle considère comme une faute le mauvais aménagement intérieur de l'établissement (couloirs trop étroits), ce n'est plus l'usage et les usagers du domaine qui sont en cause.

fait excédant cette moyenne¹. Le droit devrait donc tenir compte en général d'une moyenne des faits sociaux : il y aurait un usage moyen de la propriété au delà duquel apparaîtrait l'acte abusif, un usage moyen de la voirie au delà duquel apparaîtrait l'acte anormal.

Que cette conception soit à la base de certaines décisions du Conseil d'Etat, en particulier de l'arrêt Bastin et Lombard où le Conseil a jugé que le seul fait de mettre en circulation un véhicule de poids exceptionnel constituait un usage anormal de la route — il suffirait pour s'en convaincre de lire la note suggestive du doyen Hauriou au Sirey : elle fournit de la formule une expression saisissante : « De plus en plus s'affirme cette croyance que les règles de droit sont faites pour des hypothèses moyennes, que les droits individuels et les libertés sont consacrés par le droit en vue d'un usage moyen, que tout ce qui est licite, légal, juridique ne l'est point d'une façon absolue mais seulement relative dans une sorte de *voie moyenne* et que si l'on s'écarte de cette voie moyenne à droite ou à gauche, en dessus ou en dessous on sort du droit pour rentrer quelquefois dans la pure équité et plus souvent dans le délit ou le quasi-délit. Voie moyenne ou voie normale c'est tout un et nous dirions encore volontiers voie habituelle, car en matière sociale ce qui paraît normal et ce qui représente la moyenne entre les excès en sens divers c'est en même temps ce qui est le plus habituel... Ainsi tous les droits sont relatifs et se réfèrent à un certain exercice normal ou habituel de la liberté² »

Dans la formule que nous avons relevée de l'abus des droits se retrouve, soulignée par la notion d'inconvénients normaux du voisinage, l'idée de Durkheim appliquée à une théorie du droit civil. L'arrêt Bastin révèle la même idée appliquée à un problème de droit public. C'est la preuve qu'entre les deux ou plutôt entre les trois points de vue : faits sociaux anormaux,

1. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, p. 59 et suiv.

2. HAURIOU, *Note sous l'arrêt Bastin*, S. 1914.III.84.

abus des droits, usage anormal du domaine, il existe un air de famille assez impressionnant.

III. — Or cette première conception de l'usage anormal nous paraît d'une valeur très discutable. On pourrait tirer argument de ce qu'elle est à peu près abandonnée en droit civil. D'autre part son application aux faits sociologiques en général a donné lieu à de vives critiques : « D'une façon générale, qu'est-ce que l'exercice normal et anormal d'un droit ? Le déterminer est chose impossible... Où trouver la base pour établir cette moyenne des faits sociaux dont on parle¹ ? »

Les obstacles auxquels se heurte l'idée en général sont soulignés dans une matière comme la nôtre, où les faits et les conditions de la vie évoluent d'une manière constante. La voie publique serait destinée à un usage moyen, habituel. Mais à quoi correspond cet usage moyen ? Peut-on dire que des utilisations qui depuis longtemps sont rentrées dans les mœurs comme le stationnement prolongé des automobiles, la circulation des transports en commun ne font pas partie de la moyenne des faits sociaux ? Il y a longtemps que la route s'est « habituée » aux lourds camions qui la sillonnent.

Ce n'est pas par l'usage moyen mais par l'affectation à un but que peut être déterminée la destination de la voie publique. C'est pourquoi le deuxième point de vue auquel on s'est placé et que l'on va maintenant analyser, paraît à prime abord plus juridique et plus solide. Nous ne croyons pas cependant qu'il soit d'une valeur supérieure.

§ II. L'idée de but contraire à la destination de la voirie.

Dans cette deuxième conception on se place au point de vue du but poursuivi par l'usager. Or, pour paradoxal que cela puisse paraître, nous croyons que c'est une erreur. Cette recherche du but poursuivi a donné lieu à des difficultés

1. DUGUIT *Les transformations du droit privé*, 2^e éd., p. 201, 202.

pratiques considérables : on s'en est aperçu lorsqu'on s'est avisé par exemple de scruter les mobiles du stationnement. Mais nous nous demandons si, indépendamment des déceptions que procurent invariablement ses résultats, elle n'est pas entachée d'une confusion juridique assez grave.

I. — L'objet et le but dans les actes.

L'analyse de l'acte volontaire amène à distinguer lorsqu'il s'agit d'un acte matériel d'une part l'objet qui consiste dans l'effet matériel voulu et réalisé directement par l'auteur et d'autre part le but qui est le résultat qui doit être obtenu par l'effet de l'acte. Ainsi dans cet acte matériel qu'est tout fait d'utilisation de la voie publique, il y a lieu de distinguer l'objet qui est le fait de se déplacer, de s'arrêter sur la voie, et le but qui est constitué par la réalisation d'un certain résultat, ce résultat étant par exemple l'essai d'une voiture, le transport d'une personne, la visite d'un client.

Doit-on apprécier cet acte matériel, le fait d'utiliser la voie, non seulement dans son *objet* mais encore dans son *but*?

A prime abord il paraît y avoir de sérieuses raisons de répondre par l'affirmative. Il est admis en effet que l'appréciation d'un acte volontaire doit être faite pour tous ses éléments, qu'un acte en particulier n'est licite, ou n'est conforme à une règle que lorsqu'il l'est non seulement par son objet mais encore par son but.

Mais à regarder de près, on s'aperçoit que la question n'est pas pour cela résolue. Il peut se faire en effet que l'examen du but d'un acte soit indifférent pour apprécier cet acte dans sa valeur, dans sa conformité à une règle, et cela n'enlève rien à ce que nous venons de dire. Cela tient à une constatation qu'il faut rappeler et mettre en lumière car elle est à nos yeux la clef de toute la question : Dans la vie sociale toutes les activités et tous les éléments de ces activités ne sont pas toujours pris en considération par le droit ; il existe des manifestations de volonté, des actes humains qui ne sont ni con-

formes ni contraires au droit, qui sont *indifférents au droit*, *rechlich irrelevant* disent les Allemands¹.

Or, cette indifférence à l'égard du droit peut, et c'est peut-être ce qu'on ne met pas assez en relief, porter non seulement sur l'acte lui-même dans son ensemble mais encore distinctement sur chacun de ses éléments : sans doute y a-t-il d'une part des actes qui tombent entièrement, dans tous leurs éléments, sous la prise du droit et, à l'opposé, des actes qui échappent totalement à la prise du droit ; l'acte de police est le type de la première catégorie : aucun de ses éléments, ni son objet (il existe des moyens de police limités), ni ses motifs (l'acte doit toujours avoir des motifs de police), ni son but (l'acte n'est correct que s'il vise un but de police) ne sont indifférents au droit. A l'opposé la plupart des actes de la vie quotidienne sont soumis simplement à des convenances ou à des règles de mœurs : chacun peut se promener chez soi, pour n'importe quel motif, dans n'importe quel but ; dans tous ses éléments cet acte est indifférent au droit. Mais entre ces deux extrêmes il existe une foule d'actes dont certains éléments seulement tombent sous la prise du droit. Il y a notamment dans le droit civil une foule d'actes dont le but est indifférent au droit ; que l'on s'entende : nous ne voulons pas dire qu'il n'y a pas lieu d'examiner le but poursuivi pour apprécier la licéité de l'acte (la théorie de la cause et celle de l'abus des droits prouvent que cet examen doit être fait), nous voulons dire que quel que soit son but l'acte sera généralement licite parce que le droit ne fixe pas aux particuliers l'obligation de ne poursuivre que certains buts comme il le fixe à l'autorité de police. Ainsi lorsque j'achète une maison, à part certains buts qui me sont interdits (but immoral) le but que je pour-

1. V. DUGUIT, *Traité de droit const.*, 3^e éd., I, p. 240 : « On doit se demander s'il y a des manifestations de volonté, des actes humains qui ne sont ni conformes ni contraires au droit... Il y a en réalité dans la vie des hommes vivant en société une infinité d'actes échappant à la prise du droit. Tous les actes extérieurs de volonté individuelle sont soumis à des normes sociales mais beaucoup de ces normes n'ont pas la valeur de normes juridiques... et les actes auxquels elles s'appliquent sont complètement indifférents au droit. »

suis : habitation, spéculation, exercice d'un commerce, est indifférent au droit.

La question est dès lors des plus claires : pour qu'un acte d'usage de la voirie soit conforme à sa destination, soit normal, suffit-il qu'il ait un certain *objet* : se déplacer, s'arrêter, ou faut-il de plus qu'il vise à réaliser certains *buts* ? Le but poursuivi par l'usager est-il pris en considération par le droit ou est-il indifférent au droit ?

On l'aperçoit, ce qu'on pose ici c'est tout simplement la question de la destination de la voirie : la voie publique est-elle destinée à l'*accomplissement de certains actes matériels* ? Ou est-elle destinée de plus à la *réalisation de certains buts* ? La destination de la voirie entraîne-t-elle qu'un acte d'usage n'est conforme à cette destination que s'il vise à réaliser un certain *but* ?

II. La destination de la voirie.

Il ne semble pas que la destination des voies publiques ait toujours été aperçue de la même façon ; sans doute ce sont toujours les mêmes éléments qui entrent en jeu : usage du public, exercice de la libre activité du public, relations territoriales ; mais ce n'est pas toujours sur le même élément que l'on a surtout insisté, la théorie de la voirie a évolué en même temps que les conditions mêmes de son utilisation, cette évolution n'a pas affecté seulement les régimes juridiques auxquels est soumis son usage, elle affecte aussi la conception que l'on s'est faite de son rôle. Elle a suivi d'autre part sur ce point le mouvement général des idées touchant le Domaine public dans son ensemble.

1^o L'affectation à l'usage de tous.

Pendant longtemps la voirie est apparue comme une dépendance du domaine affectée à l'usage de tous ; elle est affectée au public plutôt qu'à un certain usage du public ; cette

idée prend alors un caractère absorbant. Elle paraît n'être que l'expression de la conception générale du domaine pour une de ses dépendances où cet aspect était particulièrement saisissant : Jusqu'à la fin du xix^e siècle, le domaine public est en effet considéré comme l'ensemble des biens affectés au public, asservis à l'usage de tous.

Ni le domaine en général, ni la voirie en particulier ne sont conçus comme affectés à des buts précis mais à l'usage général du public : le rivage de la mer est aperçu sous le même aspect ; toute décision qui ne tend pas à assurer l'usage libre du public doit être annulée ; ainsi le conseil d'Etat annule la concession exclusive de faire circuler ou stationner des voitures à l'usage des baigneurs « attendu que les rivages de la mer font partie du domaine public et que *tout le monde a le droit d'y exercer librement les usages divers* qu'ils comportent » (*C. E. 30 avril 1863. S. 63.III.183*) ; C'est plus tard que l'on distinguera entre les différentes dépendances du domaine public pour constater qu'elles sont affectées à des buts précis différents.

Avec cette conception il est clair qu'il n'y a pas à tenir compte du but poursuivi par l'usager pour apprécier la conformité de l'usage à la destination de la voie : le but poursuivi est indifférent au droit ; il n'y a même pas lieu de tenir compte de l'objet de l'activité puisque la voie est affectée au public pour des usages quelconques, indéterminés.

Ce point de vue avec ses conséquences se retrouve manifestement dans la thèse soutenue par M. Trotabas, il le conduit à écarter l'idée d'usage anormal même pour les utilisations privatives : la voie publique étant affectée à des utilisations quelconques, ces utilisations sont toujours normales.

On a vu qu'à côté de ce point de vue général il y a toujours eu pour la voirie une autre idée importante : la voie publique est destinée à l'exercice des libertés individuelles. Ce point de vue paraît introduire la possibilité d'apprécier le but poursuivi par l'usager. Peut-être est-il à la base de certaines décisions de la Cour de cassation en matière de stationnement, par exemple de cette décision où le stationne-

ment est déclaré illégitime parce qu'il a pour but « non les besoins légitimes du commerce, mais de simples commodités pour l'exercice de la profession ».

2° *L'affectation à un service public.*

Il existe à l'heure actuelle une tendance assez générale à considérer que la voirie est affectée à un service public. Cette tendance exprime l'importance prise dans toutes les constructions du droit administratif par l'idée de service public. La domanialité publique a subi comme les autres constructions l'influence de ce point de vue. Depuis le début du siècle il est d'usage de voir dans le service public l'élément qui détermine à la fois le critérium et la consistance du domaine public¹. Le domaine a cessé d'être la *chose du public* pour devenir la *chose des services*.

La conception de la voirie a profondément subi cette influence : la compétence des agents publics sur la voirie est conçue comme le devoir d'assurer le fonctionnement d'un service public, l'usager de la voie est l'usager d'un service public et son droit d'utiliser la voie n'est que le pouvoir légal de bénéficier d'un service public².

Au fond lorsqu'on s'avise de déterminer d'une façon précise quel est ce service public, on est assez embarrassé; cet embarras se traduit assez bien par les flottements de la terminologie : on parle de service public de la circulation, des com-

1. V. notamment sur cette conception : DUGUIT, *op. cit.*, III, p. 324; JÈZE, *Principes de droit administratif*, III, p. 12. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1^{re} édition, p. 282.

2. Cette conception a été utilisée largement par l'école réaliste qui voit dans l'affectation aux services publics le critérium de la domanialité publique : DUGUIT, *op. cit.*, III, cf. *Mélanges Hauriou : De la situation d'un particulier faisant usage d'un service public*. Mais c'est surtout M. Jèze qui a utilisé ce point de vue; pour lui la voirie est affectée au service public de la circulation. La compétence des agents publics chargés de régler son usage n'est que « le pouvoir d'assurer le fonctionnement d'un service public » (*R. D. P.*, 1915, p. 466).

Mais n'est-il pas piquant de constater qu'en 1825 Isambert considérait les chemins et les rues comme « un terrain consacré à un service public et dont l'usage appartient à tous ». Cette formule annonce un siècle à l'avance les conceptions les plus modernes touchant la destination des voies publiques.

munications, des relations territoriales. Seulement, comme le service public est une activité assurée par l'administration, qu'il ne peut pas être autre chose, on est bien obligé d'hésiter à qualifier de service public la circulation car elle n'est pas le fait de l'administration, mais le fait des administrés¹. On est alors porté à se tourner vers les actes d'intervention des agents publics pour tenter d'y découvrir un véritable service public. Or il est certain que l'aspect que prend de plus en plus l'intervention administrative révèle de ce point de vue des nouveautés assez impressionnantes : l'administration ne se contente plus aujourd'hui d'ouvrir des voies et de laisser faire, son intervention devient de plus en plus active : on la voit maintenant « créer un service, établir un personnel chargé de réglementer la circulation sur la voie, organiser des parcs de stationnement, instituer des services d'études... il existe maintenant un personnel, une organisation permanente destinés à appliquer la réglementation établie... tous ces faits constituent véritablement par leur réunion un service public de la circulation² ».

Il est certain que l'administration intervient de plus en plus à l'égard de la voirie, que celle-ci devient de plus en plus le siège de services publics. Mais ce que l'on peut se demander c'est si la voirie peut vraiment être considérée comme affectée à ces services publics. Il y a de ce point de vue intérêt à distinguer entre les services qui organisent l'usage de la voirie et les services qui utilisent la voirie.

Il existe d'abord des services qui ont pour but d'aménager matériellement la voie, de la mettre en état, d'assurer son entretien et d'autre part de faciliter son usage en édictant des règles, en créant et faisant fonctionner un personnel chargé

1. Duguit a fait à plusieurs reprises état de cette objection. Dans son article précité des *Mélanges Hauriou* il admettait que la situation des usagers était plutôt celle des usagers d'un bien public que celle des usagers d'un service public. Dans son *Traité de droit const.* (III, p. 329), il reconnaît que les voies publiques « ne sont pas à proprement parler affectées à un service public; elles sont plutôt objet de service public que moyen, instrument d'un service public ».

2. LÉO GOLDENBERG, *L'organisation de la circulation et des transports* (*Extrait de la Vie communale et départementale*, 1933, page 9).

de faire respecter ces règles. Ce sont les services de la voirie et de la police. Or il n'est pas possible de dire que la voie publique soit affectée à ces services. Le premier a seulement pour objet d'aménager matériellement le domaine : pour toutes les dépendances domaniales il existe un pareil service et il est chaque fois facile de le distinguer du service affectataire¹.

Quant au service public de la police il est bien évident qu'on ne peut le considérer comme le but auquel est affectée la voirie ; on se trouverait en le soutenant, amené d'une manière très inattendue à une conception assez voisine de celle soutenue récemment par M. Alibert et qui voit dans la police le critérium du domaine public en général.

La question paraît plus délicate pour les services publics usagers de la voirie ; sans doute ici encore n'y a-t-il guère de doute pour certains de ces services concessionnaires ou permissionnaires qui bénéficient d'occupations privatives : les services de distribution installés sur le domaine peuvent d'autant moins être considérés comme le service des voies de communication que l'activité de ces services n'est précisément pas conforme à la destination de la voirie.

Mais il nous semble qu'il y a à l'heure actuelle tout un aspect de la circulation qui pourrait surtout prétendre à être qualifié de service public : c'est la circulation qui est assurée par les transports en commun ; ici en effet, on le verra plus loin, l'administration ne se contente pas de régler l'usage de la voie : elle intervient pour imposer des conditions qui paraissent bien répondre à l'organisation d'un service ; d'autre part elle intervient aussi pour organiser directement ce service, pour l'organiser seule, pour le rendre obligatoire. Et ici le service répond bien à la destination du domaine. Malgré

1. C'est ce qui se produit par exemple pour le service des P. T. T. : le service postal est facilement distingué des services qui ont pour but l'aménagement, l'entretien matériel des bureaux de poste. La preuve en est que les règles qui s'appliquent au premier, par exemple la règle de l'irresponsabilité en matière postale, ne jouent pas pour les seconds (*C. E., Anguel, 3 fév. 1911, p. 146*) ; cf. sur cette distinction la note de M. de Lapradelle, au D. P., 1934, III, 25.

tout ce phénomène d'intervention ne paraît pas suffire à faire considérer la voirie comme affectée à un service public : l'intervention de l'administration y apparaît, nous le dirons, beaucoup moins comme l'organisation d'un service public que comme un fait d'économie dirigée, ce qui est l'opposé du service public. Nous essaierons d'autre part d'expliquer cette intervention autrement que comme le pouvoir d'organiser un service. Enfin il reste tous les faits de circulation individuelle qui demeurent, eux, du domaine de l'activité privée : même si l'on pouvait voir dans le service des transports le service public de la circulation, il ne constituerait pas toute la circulation.

Il semble que l'on ait voulu trop préciser la destination de la voirie ; d'autre part cette idée d'un service public des voies de communications apparaît surtout comme imposée par cette position prise à l'avance et qui voit dans toute dépendance du domaine public un bien affecté à un service. Or cette idée semble trop étroite ; on paraît d'ailleurs revenir sur ce point de vue, même les auteurs qui construisent en général le droit administratif sur l'idée de service public admettent plus volontiers que le domaine public est affecté soit aux services publics, soit à l'usage du public¹.

La voirie serait donc affectée à l'usage du public. Mais cette conception qui est, on l'a vu, la conception primitive, est elle-même trop large si on la garde sous cette forme. Elle ne permet pas de distinguer les voies publiques des autres dépendances domaniales affectées au public. D'autre part il paraît de plus en plus nécessaire de tenir compte aussi bien pour caractériser ces dépendances que pour déterminer leur régime, non seulement de la manière dont elles sont utilisées, mais aussi du but précis auquel elles sont affectées². Ce but qui

1. P. ex. : ROLLAND, *Précis de droit administratif* ; BERNARD, *Précis de droit administratif*, 2^e éd. 1935.

Cette double affectation possible était déjà la conception d'Hauriou.

2. Sur l'importance de l'idée d'affectation à un but pour caractériser les dépendances du domaine, v. R. CAPITANT, *Note au Dalloz pér.* 1933.III.49.

est d'assurer les *relations territoriales*, nous en avons vu l'analyse dans la jurisprudence du conseil d'État; il comprend : la *circulation* — l'*accès des propriétés en bordure*¹. Les voies publiques sont ainsi constituées par des dépendances du domaine public destinées à permettre les relations territoriales; ce but est assuré directement par le public lui-même : il implique pour l'administration l'organisation d'un service public chargé de rendre cet usage possible — pour l'usager le pouvoir de se déplacer sur la voie et d'accéder aux propriétés en bordure.

III. *Le caractère anormal par le but.*

Nous pouvons maintenant répondre à la question posée : Les utilisations que nous étudions peuvent-elles être considérées comme anormales ? Il apparaît qu'il faut distinguer entre la circulation et le stationnement.

1^o *La circulation.*

Une activité qui a pour objet le fait de circuler peut-elle être une utilisation anormale de la voie ? Il nous semble bien difficile de le soutenir. Dans certains cas, dit-on, la circulation n'est pour l'usager que l'occasion, le moyen de réaliser un autre but. Mais n'en est-il pas toujours ainsi, et n'y a-t-il pas quelque naïveté à chercher derrière le fait matériel du déplacement un mobile qui ferait que l'activité envisagée n'est plus de la circulation ?

1. L'accès doit ainsi être placé sur le même plan que la circulation, avec le même fondement et le même caractère juridique. Cette idée, très différente de celle qui conçoit l'accès comme une prérogative spéciale et même patrimoniale des propriétaires riverains est bien mise en relief dans les conclusions des commissaires du gouvernement au Conseil d'État; il nous semble cependant qu'ils placent parfois l'accès et la circulation sur des plans différents : celle-ci représentant l'*intérêt général* — celui-là l'*intérêt particulier* des riverains.

Rivet (Concl. sur l'affaire Ligue parisienne précitée) : « La voie publique a une première raison d'être d'intérêt essentiellement *général* : faciliter les relations entre les différentes portions du territoire. Mais dès que la voie est créée, des immeubles s'édifient sur son bord, un nouvel intérêt s'attache à son maintien : l'*intérêt particulier* de ceux dont elle va desservir les propriétés riveraines ».

Au fond, à part le cas du promeneur — qui ne peut pourtant pas être considéré comme le seul usager normal des voies publiques — personne ne circule dans le seul but de se déplacer sur la voie.

La circulation est constituée par le fait même du mouvement c'est-à-dire par l'objet de l'acte matériel ; que le but de ce mouvement soit une visite, un achat, l'essai d'un véhicule, le transport des personnes, la réclame commerciale, voilà qui est indifférent au droit : seul l'objet de l'activité est pris en considération par le droit, son but n'a pas d'intérêt juridique. Il suffirait, pour s'en convaincre, de constater l'embaras auquel on s'est voué lorsqu'il a fallu déterminer quels buts étaient normaux et quels étaient anormaux. Il semble par exemple que dans la matière du stationnement on en soit arrivé à déclarer illégitime le stationnement qui vise à la satisfaction d'un plaisir, par exemple la visite d'un monument, un repas dans un restaurant¹. Au contraire serait normal le stationnement qui a pour but la réalisation de la vie professionnelle, « les besoins légitimes de la profession ».

Mais n'est-il pas piquant de constater que c'est par un raisonnement inverse que l'on déclare anormale la circulation des entreprises de transport ? Ici c'est au contraire le caractère professionnel, l'exploitation commerciale de la voie qui rend l'activité anormale. Cette incohérence serait déjà une présomption contre ce nouveau point de vue ; elle n'est pas son seul vice : En quoi est-il anormal de faire de la voie publique le siège d'une exploitation commerciale ? Les voies publiques sont faites précisément avant tout pour faciliter la vie économique et permettre les relations commerciales. Il semble que l'on ait à certains points de vue assimilé le cas du transporteur à celui des permissionnaires de voirie. Mais l'analogie est fautive : Dans la permission de voirie il s'agit aussi d'un individu qui, pour des fins et des intérêts personnels utilise la voie publique à son profit, mais ce qui justifie le régime juri-

1. V. note de M. Waline, au *D. P.*, 28.III.70.

dique et économique de cette institution ce n'est pas le fait de retirer des bénéfices du domaine c'est le fait que la portion du domaine d'où on les retire est privativement réservée; le public est ainsi privé de cette dépendance que l'usager accapare pour son bénéfice exclusif¹; d'autre part si l'usage fait par le permissionnaire est anormal c'est qu'il n'a rien à voir avec la circulation. Le fait de retirer des bénéfices de l'utilisation du domaine n'est donc en soi ni contraire, ni conforme au droit, il est indifférent; il serait même plutôt conforme à la destination du domaine : « il est, dit-on, anormal qu'un particulier fasse argent de l'utilisation d'une richesse collective ». S'il s'agit d'une richesse, n'est-il pas normal d'en retirer des bénéfices? On ajoute bien que cette richesse est collective, mais précisément l'utilisation de cette richesse est en l'espèce collective puisqu'il s'agit de l'usage commun. Il faut donc débarrasser la théorie de l'usage de la voirie de cette idée d'exploitation anormale de la voie; elle ne peut que créer des confusions, de fausses analogies et contribuer au discredit que rencontre dans la doctrine la catégorie de l'usage anormal.

Si nous avons un peu insisté sur la circulation du transporteur c'est parce que toute la grosse question de l'intervention économique, que nous verrons plus loin, a été pour ce genre d'utilisation, dans une certaine doctrine très en faveur, expliquée par le caractère anormal de la circulation des transports en commun.

2° *Le stationnement*

Il apparaît qu'il faut faire une place à part au stationnement.

Il est certain que le stationnement exige une justification spéciale; il ne peut être justifié directement comme la circu-

1. La formule devenue célèbre du commissaire du Gouvernement Gauvain : « Il accapare la voie publique... il en fait le premier instrument de son industrie », appliquée aux transports en commun ne saurait faire illusion. Il n'y a aucune analogie entre les deux façons d'« accaparer », il s'agit dans un cas d'un encombrement de fait, dans l'autre d'une occupation juridique.

lation, il ne peut l'être qu'*indirectement*, comme une condition pour réaliser un but lié à la destination de la voie. Ce but, on le voit dans l'*accès*, le stationnement est considéré comme une condition nécessaire de l'*accès*. On peut se demander si on ne lui assigne pas ainsi un fondement trop étroit. La possibilité d'*accéder* à un immeuble ne se conçoit que si l'on peut s'arrêter devant l'immeuble. Mais la *circulation* peut-elle se concevoir elle-même sans un certain stationnement ?

Peut-être est-il paradoxal qu'à une époque où la notion d'utilité publique se colore de plus en plus de considérations esthétiques, où la protection des sites naturels et des richesses locales fait l'objet de procédures organisées, ce soit faire un usage anormal de la route que de s'y arrêter une demi-heure pour admirer un château historique. C'est pourtant ce qu'a décidé le Conseil d'Etat dans l'affaire Despujol. On a fait remarquer bien souvent qu'à moins de condamner les gens au mouvement perpétuel, la circulation ne peut se concevoir qu'à si l'on peut s'arrêter à l'endroit où l'on entend se rendre. Peut-être la décision du Conseil d'Etat donnera-t-elle une sanction juridique à certains traits de nos mœurs actuelles, à cette pratique de certaines entreprises de tourisme dont le temps est compté, et pour qui les richesses rencontrées au hasard de la route font seulement l'objet de commentaires volants au fil d'une course ininterrompue. En tout cas, si les jurisconsultes bénissent en l'espèce, comme on l'a dit, le touriste qui par sa requête a permis au Conseil d'Etat de préciser sa doctrine, il est douteux que de son côté le touriste français bénisse toujours les jurisconsultes. Mais il y avait surtout en la circonstance une autre raison de ne pas considérer le stationnement du touriste comme un usage anormal. Il s'agissait, on le sait, de la visite d'un château historique. Or, étant donné la conception que l'on se fait maintenant du droit d'*accès*, pouvoir issu de la destination de la voie et non de la qualité de riverain, on ne voit pas pourquoi le droit d'*accéder* à un château historique n'existerait pas au profit de tout usa-

ger aussi bien que le droit d'accéder à un immeuble commercial¹.

Mais il est des cas où le stationnement ne peut en aucune manière se rattacher à l'accès et où pourtant il apparaît bien comme une condition indispensable de la circulation : c'est le cas du transporteur : Peut-on raisonnablement admettre que le chauffeur de taxi qui s'arrête en cours de route pour prendre un client fasse un usage anormal de la voie, alors que la voiture de déménagement qui stationne pendant une heure devant la maison d'un riverain en fait une utilisation normale ? Cette conception était peut-être possible à une époque où le droit de stationner était conçu comme une prérogative du propriétaire riverain. Elle ne peut plus l'être maintenant. Le stationnement apparaît comme aussi indispensable à la circulation qu'à l'accès.

Il faut d'ailleurs noter que si le stationnement est généralement conçu comme justifié seulement par le droit d'accès et si c'est là la doctrine du Conseil d'Etat, certains commissaires du gouvernement l'écartent parfois², quelque séduisante

1. On a vu que dans la doctrine soutenue au Conseil d'Etat le droit d'accès comporte le stationnement devant un immeuble durant le temps nécessaire aux opérations que l'on y fait. Or en l'espèce la visite du château durait une demi-heure et l'autorité administrative avait limité à un quart d'heure la durée du stationnement normal. C'est ce que fait remarquer M. Alibert dans sa note dont nous voulons citer quelques passages particulièrement ironiques : « Le Conseil municipal, plus enclin aux affaires qu'à l'hospitalité, a tiré parti de l'encombrement aux abords du château... les ethnologues diront si les subtils Tourangeaux tiennent de leurs ancêtres du Latium chez qui le sanctuaire des Lares bornait la puissance d'affinité ou s'ils ressemblent à ces Gascons pour qui l'étranger est l'habitant du village voisin. Quelque régulières que soient les mesures prises par la municipalité, l'approbation du juriste ne va pas sans une nuance de regret... et l'on reste dominé par cette idée que dans ce paisible village qui doit tout à son château le stationnement normal pourrait facilement durer autant que la visite du chef-d'œuvre ». Il nous semble que cette durée assignée au stationnement normal était non seulement souhaitable mais encore plus correcte juridiquement.

2. « Principes qui constituent les données essentielles du problème : liberté de circuler sur la voie publique, laquelle implique celle de s'arrêter et de stationner. Nécessité de conserver cette voie libre à la circulation, laquelle entraîne une limitation du droit de stationner, lequel n'est cependant que le prolongement du droit de circuler... »

Le stationnement, même non nécessaire, est cependant le plus souvent l'accessoire d'une liberté publique... on ne circule pas pour circuler, mais pour arriver et s'arrêter... (*Concl. Delton au D. P.* 1932, III, 54).

qu'elle soit dans sa rigueur logique, pour adopter une conception plus large. Nous faisons allusion aux remarquables conclusions de M. Detton dans l'affaire Dulaurens que nous avons déjà signalée et qui va permettre, sinon de donner du stationnement normal une formule précise, du moins d'en marquer certaines limites : Il s'agissait, on s'en souvient, d'un amateur de camping qui prétendait installer sa roulotte sur la voie publique et y vivre plusieurs jours. Il est certain que là le stationnement n'était plus un usage normal de la voie, il n'avait plus pour but que de s'installer sur la voie et d'y habiter. C'est ce que fait bien remarquer le Conseil : « En refusant l'autorisation de laisser *séjourner* sur une des rues où places de Bayonne un véhicule automobile à *destination d'habitation...* ».

On était là très certainement sur le terrain de l'utilisation anormale car une pareille activité ne peut vraiment pas être considérée comme exercée à l'occasion de l'accès des propriétés ou de la circulation sur la voie. Mais le caractère peu banal de cette activité montre que la catégorie de l'anormal si elle ne peut jamais, à notre avis, trouver place en matière de circulation, ne doit non plus s'appliquer en matière de stationnement des véhicules que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.

Ainsi l'extension de l'anormal aux usages communs de la voirie ne nous paraît pas répondre à une vue bien juste. Ce n'est pas par cette idée que l'on devra expliquer les transformations du régime administratif. Mais au surplus cette idée expliquerait-elle bien ces transformations ? C'est la question que l'on va maintenant se poser.

SECTION II. — LE RÉGIME LOGIQUE DE L'USAGE ANORMAL.

C'est, au moins en partie, pour expliquer le régime administratif nouveau de certaines utilisations que l'on a qualifié ces utilisations anormales. Cette idée explique-t-elle bien le

régime administratif? Quel est donc le régime administratif auquel doit être soumis *logiquement* un usage anormal c'est-à-dire qui découle logiquement du *caractère anormal*?

On a donné à cette question une certaine réponse : la distinction du régime de l'usage normal et anormal doit se faire d'après *l'objet, l'étendue* de l'intervention administrative. Lorsqu'il s'agit d'un usage normal cet objet ne doit pas comporter le procédé de *l'autorisation préalable*, ce procédé est réservé à l'usage anormal.

Or il nous semble que l'on a attribué ainsi au procédé de l'autorisation une importance excessive, que la distinction des deux régimes doit se faire à un autre point de vue parce que le régime logique de l'usage anormal est basé sur un autre élément que sur le moyen, l'objet de l'intervention administrative.

§ I. Régime d'autorisation

Il est banal de constater que l'intervention de police comporte toute une gamme de mesures qui peuvent être imposées aux libertés individuelles, que l'administration doit choisir le moyen employé d'après le caractère de l'activité à laquelle elle s'adresse, que la mesure pourra être d'autant plus sévère que l'activité limitée présente une menace plus grave pour l'ordre public¹. Mais n'est-elle pas limitée par ailleurs dans les moyens dont elle dispose? N'y a-t-il pas des moyens dont elle ne peut jamais disposer quelle que soit la gravité des motifs? En particulier le procédé de l'autorisation n'est-il pas de ceux-là? Ne doit-il pas toujours être écarté lorsqu'il s'agit d'usage normal pour être réservé à l'usage anormal dont il constituerait ainsi la caractéristique spécifique?

Il suffit pour en douter de constater que ce procédé est depuis longtemps employé à l'égard des activités privées lorsqu'elles s'exercent sur le domaine public; il est employé

1. *Carrier*, 12 mai 1927, p. 538.

chaque fois que ces activités présentent un *caractère exceptionnel* mais dans des cas où l'on n'a jamais songé à dire qu'elles constituaient un usage *anormal* du domaine.

Ce caractère exceptionnel on l'a d'abord toujours reconnu aux utilisations qui impliquent un certain *stationnement* sur la voie publique; il est admis que l'autorité de police peut soumettre ces utilisations au régime de l'autorisation préalable c'est le cas par exemple de la profession de commissionnaire¹, de marchand de journaux², de marchand ambulant³. On n'a jamais dit qu'il y eût là une utilisation anormale de la voie publique, mais il est reconnu que le caractère exceptionnel qu'elles présentent et qui tient aux stationnements qu'elles entraînent justifie le pouvoir des agents publics de les soumettre au procédé de l'autorisation.

Plus significatif encore est le régime de certains types de *circulation* : dans ce domaine toute une série d'utilisations, celles qui constituent la circulation collective peuvent être soumises à un régime de police dont les règles sont bien connues :

1. L'activité des commissionnaires est longtemps restée libre : elle bénéficiait du régime de liberté établi par la loi de 1791 abolissant le vieux système des jurandes. Mais à côté de la profession elle-même, il y a l'utilisation de la voie publique : à partir de la fin du XIX^e siècle les maires soumettent de plus en plus l'exercice de la profession sur la voie publique à une autorisation préalable. On voit apparaître le « commissionnaire autorisé » qu'une marque distinctive sur sa casquette indique au public. La jurisprudence a reconnu ce pouvoir : *C. E.*, 9 déc. 1904, *Boudhir-Kahn-Liche-Ben-Zalat* (*S. et P.*, 1906, III, 154), *Cass.*, 13 fév. 1909, *Stéfanini*, *S.* 1909.1.529. La formule de ce dernier arrêt est caractéristique : « Considérant que la police municipale comprend tout ce qui intéresse la commodité du passage dans les rues, et que s'agissant d'une profession qui, comme celle de commissionnaire, s'exerce avec stationnement sur la voie publique, l'autorité municipale peut subordonner l'exercice de cette profession à l'accomplissement de certaines formalités déterminées et notamment à l'obtention d'une autorisation préalable... que le retrait a été motivé par un intérêt de police ».

2. *C. E.*, 1899, *Lebon*, p. 396, *Demory* : arrêté interdisant aux marchands de se réunir et de stationner plus du temps nécessaire pour livrer le journal au client : « Considérant que le maire de Tourcoing s'est borné à réglementer la vente et l'annonce des journaux sur la voie publique ». Outre ces réglementations spéciales, l'exercice de la profession sur la voie peut être soumis à une autorisation du maire.

3. *Cass. crim.*, 17 juillet 1909, *Bull. min. int.*, 1910, 373 : l'administration peut obliger les marchands de quatre saisons, marchands ambulants et tous autres colporteurs de denrées alimentaires stationnant sur la voie publique à se munir d'une autorisation.

L'autorité de police peut soumettre ces utilisations à une autorisation préalable¹.

Mais ce pouvoir est étroitement lié; le juge contrôle les motifs non seulement dans l'institution du régime mais dans son application c'est-à-dire dans les décisions individuelles qui refusent d'autoriser².

Enfin l'Administration ne peut jamais procéder à une interdiction générale et absolue³.

Ce n'est donc pas l'emploi du procédé de l'autorisation qui caractérise le régime d'un usage anormal; ce procédé représente seulement dans l'échelle des mesures de police un moyen grave qui ne peut être employé que s'il existe des motifs exceptionnels dus aux circonstances de fait ou aux caractères de l'utilisation.

Il y a donc lieu de chercher ailleurs le trait spécifique qui caractérise l'usage anormal au point de vue de son *régime administratif*.

Ce trait, nous croyons le voir au sein même du régime de l'autorisation préalable, non pas dans l'existence de ce régime, dans la possibilité de l'instituer, mais dans une certaine modalité de son fonctionnement.

Le procédé de l'autorisation comporte en effet deux modalités essentielles : c'est précisément, croyons-nous, sur ces deux modalités que réside la distinction du régime de l'usage normal et anormal. La technique de l'autorisation préalable offre une distinction qui porte, non plus sur l'objet

1. P. ex. sortie en corps de sociétés musicales sur la voie publique : *C. E.*, 21 avril 1889, S. 1901.III.115 : « Considérant que le maire de M. en interdisant à toutes les sociétés musicales de jouer dans la rue sans avoir obtenu son autorisation n'a fait qu'user de pouvoirs de police qui lui sont conférés... » cf., 2 déc. 1887, *Roos*, p. 756 : *Cassation*, 12 déc. 1908, *Gascon*, S. 1909.I.61. De même sortie en corps de toute société : 11 déc. 1889, *Quoniam*, S. 89.I.492. — Enfin et surtout jurisprudence nombreuse et bien connue sur les cortèges religieux.

2. *C. E.*, 19 fév. 1909, *Olivier*, p. 183 (*Concl. Chardenet*) : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que dans la ville de Sens aucun motif tiré de la nécessité d'assurer l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire... »

3. *C. E. Olivier*, précité. *Cassation* : 11 avril 1889, précité : le maire aurait opposé par application de son arrêté des refus systématiques et non motivés. La Cour de cassation qui, on le verra plus loin, n'apprécie pas les motifs des décisions parle de « l'usage abusif et vexatoire de l'arrêté »,

de l'intervention mais sur la *liberté* que possède l'agent public lorsqu'il intervient : le pouvoir d'autoriser peut être en effet un pouvoir lié ou un pouvoir discrétionnaire. Il est lié lorsque l'administration ne peut refuser d'autoriser que si certains motifs sont réunis, il est discrétionnaire lorsque l'administration a libre appréciation pour décider de l'opportunité de l'autorisation : il est certain que dans ce deuxième cas la liberté des particuliers est fortement diminuée puisque le refus s'impose à l'intéressé sans qu'il puisse en discuter l'opportunité par voie juridictionnelle; au contraire la liberté est beaucoup moins diminuée lorsque le pouvoir est lié car le refus d'autoriser pourra être discuté et annulé par voie juridictionnelle¹.

Cette différence nous paraît répondre à ce qui doit être l'essentiel du régime juridique de l'un et de l'autre usage : le *pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation* est à notre sens le trait essentiel de l'usage anormal.

§ II. Régime d'autorisation discrétionnaire.

Ce qui caractérise l'usage anormal du domaine public, ce qui découle logiquement de ce caractère anormal et que l'on doit retrouver chaque fois dans le régime administratif d'une utilisation si cette utilisation est vraiment anormale, c'est le fait que l'administration possède pour permettre ou empêcher cette utilisation un pouvoir discrétionnaire.

C'est là d'abord une solution *logique*, découlant logiquement de l'idée d'usage anormal — c'est d'autre part la règle qui est *effectivement appliquée* aux utilisations anormales de la voie publique.

I. *Logiquement* l'autorisation à laquelle est subordonnée une utilisation anormale doit-elle comporter pour l'administration un pouvoir lié ou un pouvoir discrétionnaire ?

Dans le premier cas, rappelons-le, l'administration n'est

1. Sur l'importance de cette distinction, v. BONNARD, *Note au S.*, 1931.III.1.

pas absolument libre de refuser l'autorisation, elle ne peut la refuser que si certaines conditions de fait sont réunies : dans notre matière cette condition consiste en ce que l'utilisation apporterait une entrave, une gêne grave à l'usage du public ; si l'utilisation constitue cette menace, l'administration peut refuser de l'autoriser, mais si elle ne constitue pas cette menace l'administration doit l'autoriser, elle a l'*obligation juridique* de l'autoriser ; si elle n'autorise pas le juge peut annuler son refus, c'est en cela que son pouvoir est *lié*.

Au contraire dans l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire, si l'utilisation présente une menace pour l'usage libre du public, l'administration peut comme dans le premier cas refuser de l'autoriser, mais si cette condition n'est pas réalisée, si l'utilisation n'apporte pas d'obstacle à l'usage de tous, en un mot si elle est compatible avec cet usage, l'administration reste malgré tout *libre* d'accorder ou de refuser l'autorisation et c'est en cela que son pouvoir est *discrétionnaire*.

La question est donc de savoir à quoi est tenue l'administration en présence d'une utilisation qui n'apporte pas d'entrave sérieuse à l'usage de tous, qu'il n'y a pas de motif sérieux de police d'empêcher. La réponse logique nous paraît être la suivante :

1^o L'utilisation en question est un *usage normal* de la voie. Ici l'autorisation ne peut pas être refusée s'il n'y a pas un obstacle à l'usage de tous c'est-à-dire s'il n'y a pas des motifs de police de la refuser.

En effet, l'usage étant normal, l'usager prétend exercer un *droit*, le droit de faire usage d'un bien public conformément à sa destination, c'est ce que l'on appelle parfois le droit au service public, plus précisément ici le droit à l'usage d'un bien public. Sans doute cet usage peut être empêché puisqu'il est soumis à une autorisation mais il ne peut être empêché que dans la mesure où il constitue pour l'usage normal des autres individus une gêne trop grave. L'autorisation à laquelle on l'assujettit n'est alors qu'une autorisation de police, ayant simplement pour but de constater si l'utilisation en question

constitue cette gêne grave; ainsi elle ne peut être refusée que si cette gêne grave existe puisqu'elle a seulement pour but de constater cette existence.

2° L'utilisation est une *utilisation anormale* de la voie. Ici l'autorisation n'a plus ce but de constater seulement qu'un usage normal n'apporte pas une entrave grave à l'usage des autres individus. Il s'agit d'un individu qui prétend faire un usage du domaine non conforme à sa destination; l'Administration intervient pour permettre cet usage mais, logiquement, elle ne doit jamais être *obligée* de le permettre même si cet usage est compatible avec la destination du domaine, n'apporte pas d'entrave sérieuse à l'usage de tous; en effet même dans ce cas on ne voit pas d'où pourrait procéder cette *obligation juridique* d'accorder l'autorisation, obligation qui constitue le pouvoir lié.

Cette obligation ne peut pas provenir d'un *droit* de l'usager, elle ne peut pas se présenter comme le devoir corrélatif d'un droit subjectif de l'usager¹, en effet l'usager n'a ici aucun droit, ce droit ne pourrait être que le droit de tout individu d'user d'un bien public conformément à sa destination, or ce droit n'existe pas ici puisque, par hypothèse, l'utilisation est anormale c'est-à-dire n'est pas conforme à la destination du bien.

D'autre part cette obligation juridique ne peut pas provenir du devoir général des agents publics d'assurer la destination des choses publiques, de faire et de ne faire que les actes conformes à cette destination puisqu'ils se trouvent précisément en présence d'individus qui se placent d'eux-mêmes en dehors de cette destination.

L'obligation d'accorder des permissions d'usage anormal sur le domaine ne pourrait à notre avis procéder que du devoir de l'administration d'exploiter son domaine public en y

1. Cette idée suppose que l'on se place dans un système de raisonnement admettant l'existence de droits subjectifs publics. Sur la possibilité logique d'un pareil système, v. BONNARD, Les droits subjectifs des administrés, *R. D. P.*, 1932.

accordant des permissions moyennant finances ; le fondement serait alors le droit de propriété à raison du caractère de *devoir*, de *fonction* que prend ce droit ; mais nous verrons dans la deuxième partie de notre thèse, à propos des utilisations privatives anormales, que cette idée n'est pas appliquée dans notre droit.

Ainsi logiquement le régime juridique de tout usage normal doit être un régime comportant un *pouvoir lié* de l'Administration, le régime de l'usage anormal doit être un régime d'autorisation *discrétionnaire*.

Mais cette solution n'est pas seulement logique, elle est également vérifiée par l'expérience.

II. Il y a en effet, on le sait, parmi les utilisations de la voirie, des utilisations qui sont anormales et que l'on connaît bien, ce sont certaines *occupations privatives* ; lorsqu'elles sont soumises à un régime d'autorisation unilatérale on les appelle « *permissions de voirie* ». Or cette autorisation comporte précisément, et c'est là ce qui caractérise ce régime administratif, un pouvoir discrétionnaire de l'administration soit pour la refuser, soit pour la retirer¹.

Pourquoi ce pouvoir discrétionnaire dans la permission de voirie ? C'est précisément à cause du caractère anormal, parce que l'usage est anormal. Si l'on montre qu'il en est bien ainsi, que dans le cas de la permission de voirie c'est uniquement à cause du caractère anormal qu'il y a pouvoir discrétionnaire, il n'y a pas de raison de ne pas étendre ce pouvoir discrétionnaire aux cas d'utilisation commune ; il faut donc y insister car on pourrait songer à donner au pouvoir discrétionnaire dans la permission de voirie d'autres fondements ; il faut les signaler pour les écarter.

1° On pourrait d'abord songer que s'il y a pouvoir discrétionnaire dans la permission de voirie c'est parce qu'il s'agit

1. C. E., 11 avril 1913, S. 1914.III.113. — 4 août 1922, Cie du Bourbonnais, Rec. p. 732. — 1^{er} mars 1929, S. 1929.III.73, Note Mestre.

d'une *utilisation privative*; avec cette conception ce ne serait pas le caractère anormal mais le caractère privatif qui justifierait le pouvoir discrétionnaire, on ne pourrait donc pas en tirer argument pour exiger le pouvoir discrétionnaire dans le cas d'usage anormal *commun*.

Mais cette première interprétation ne résiste pas à l'examen. Ce n'est pas le caractère privatif qui fonde le pouvoir discrétionnaire et la meilleure preuve est qu'il existe des occupations privatives pour lesquelles il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire *précisément parce que ces occupations ne sont pas anormales*. C'est par exemple le cas de l'occupation d'une place dans un marché établi sur la voie publique : dans un arrêt Witschitz déjà signalé (14 nov. 1924, D. H. 1925, 9) le Conseil d'Etat déclare que « le maire ne peut subordonner l'accès du marché à une autorisation individuelle qu'il se réserve d'accorder ou de refuser *discrétionnairement* ».

Que l'on rapproche cette formule de celle qui définit dans les arrêts du Conseil d'Etat le régime des occupations anormales : « L'octroi des permissions de voirie... *rentre dans le pouvoir d'appréciation de l'administration* à laquelle il appartient de juger si la sauvegarde des intérêts généraux dont elle a la charge ne doit pas s'opposer à l'admission des demandes¹. »

Il est manifeste que le pouvoir discrétionnaire ne tient pas au fait de l'occupation puisqu'il y a là deux cas d'occupation l'une normale, l'autre anormale, et que le pouvoir discrétionnaire ne joue que dans la deuxième.

2° On a songé à une autre justification du pouvoir discrétionnaire dans la permission de voirie : il tiendrait à ce qu'il s'agit d'une occupation *avec emprise*, réalisant une modification matérielle de l'assiette du domaine.

Cette opinion est naturellement celle des auteurs qui adoptent comme critérium de la permission de voirie le fait de

1. C. E., 11 avril 1913, Cie des tramways de l'Est parisien, S. 1914.III.113.

l'emprise ; elle est donc loin d'être admise par tout le monde¹.

En réalité on ne voit pas bien comment ce fait d'une emprise profonde peut entraîner logiquement un pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le fait de l'emprise peut avoir d'autres intérêts : il peut expliquer logiquement la compétence du propriétaire de la voie parce que l'emprise matérielle touche la conservation même de la voie (v. plus loin cette question, dans notre deuxième partie) ; mais il n'y a pas entre l'idée d'emprise et celle de pouvoir discrétionnaire une relation logique qui satisfasse l'esprit comme il y en a une, nous avons essayé de le montrer, entre l'idée d'usage anormal et celle de pouvoir discrétionnaire.

Mais d'ailleurs l'idée est-elle bien vérifiée dans notre droit positif ? La jurisprudence réserve-t-elle le pouvoir discrétionnaire aux cas d'occupation anormale avec emprise ? Une occupation anormale sans emprise par exemple l'installation d'un kiosque, de tables de café, est-elle soumise à une autorisation pour l'octroi de laquelle l'administration n'a plus de pouvoir discrétionnaire ?

Nous ne le croyons pas. Bien qu'il soit difficile de trouver en la matière des décisions de jurisprudence², certains arrêts paraissent bien indiquer la position du Conseil d'Etat.

1. Lorsqu'il s'agit d'occupation normale (occupation d'une place dans un marché ou une station de taxis) aucun doute, l'Administration n'a pas de pouvoir discrétionnaire pour refuser d'accorder l'autorisation (v. l'arrêt Witschitz cité ci-dessus). Tout marchand, toute voiture de louage a, comme le dit M. Berthélémy, un *droit* à la station, au marché.

1. C'est ainsi que pour M. Berthélémy (*loc. cit.*) l'opposition entre l'occupation temporaire (permission de voirie) et le permis de stationnement tient à ce qu'il y a dans un cas usage normal, dans l'autre usage anormal. Or d'après l'auteur cette opposition se traduit par le fait que l'occupation temporaire est *une faveur, une tolérance* (ce qui ne signifie pas autre chose que le pouvoir discrétionnaire de l'administration pour s'y opposer) alors que le permis de stationnement est « non une faveur dont on jouit, mais un *droit* » (ce qui veut dire que l'administration est, à certaines conditions, juridiquement obligée de l'accorder).

2. La plupart des décisions concernant des refus d'accorder des permis de stationnement envisagent en effet la question du détournement de pouvoir et non celle du pouvoir discrétionnaire.

2. Au contraire, le Conseil d'Etat ne reconnaît plus ce *droit* à l'usager lorsqu'il s'agit d'une occupation anormale même sans emprise, purement superficielle.

Dans un arrêt Metbach (1^{er} mai 1929, p. 447), où l'on voit un individu obtenir d'un maire l'autorisation d'installer un cirque sur une place publique, le Conseil d'Etat déclare que « le maire d'Achicourt *s'est borné...* à autoriser le sieur M. à installer un cirque sur une place de la commune pendant les fêtes des 1 et 2 juin, *que cette autorisation... ne conférerait au sieur M. aucun droit à l'occupation du domaine public* ».

Mais surtout le Conseil d'Etat a appliqué l'idée dans l'affaire Dulaurens-Préticille; il reconnaît au maire le *pouvoir discrétionnaire* de refuser d'autoriser le stationnement d'une roulotte automobile; or il s'agissait bien d'une occupation purement superficielle, mais, nous l'avons dit, d'un stationnement anormal.

Tout dans cette affaire roulait sur la question du pouvoir discrétionnaire : le maire de Bayonne avait-il pu interdire au moderne nomade de laisser stationner sa roulotte alors qu'il n'établissait pas qu'il existât au moins une place ou une rue où ce stationnement fût possible ?

La ville de Bayonne alléguait précisément le pouvoir discrétionnaire du maire pour refuser les permissions de voirie.

Le commissaire du Gouvernement, M. Detton, écarte ce point de vue : pour lui on n'est pas en matière de permission de voirie, mais en matière de police : d'abord le stationnement est uniquement affaire de police et non d'occupation; d'autre part, en la matière, le point de vue domanial disparaît en ce qui concerne l'autorisation. Il n'intervient que pour la perception de la redevance. Il faut donc se placer uniquement au point de vue de la police de la circulation. A ce point de vue la règle de l'illégalité des prohibitions absolues et celle du pouvoir lié s'écartent ici parce que l'activité en question n'est pas l'exercice d'une *liberté publique*.

Il n'est pas douteux que ce point de vue des *libertés* publiques est essentiel et à retenir; il explique que même en ma-

tière d'occupation anormale l'Administration ne peut pas intervenir par voie de prohibitions absolues lorsque le candidat permissionnaire prétend exercer une liberté définie par exemple la liberté du commerce ou de l'industrie (*C. E. 6 janv. 1933. S. 34. 3. 116* : Illégalité d'une décision d'un préfet limitant à l'avance à deux par commerçant le nombre des appareils de distribution d'essence qui pourront être autorisés désormais sur la voie publique. Cet arrêt est frappant lorsqu'on le rapproche de décisions qui ont au contraire admis le pouvoir du maire de réduire à deux par entrepreneur le nombre des voitures qui sont admises à occuper les stations de taxis. Le rapprochement entre ces deux cas d'occupation dont la seconde est normale et la première anormale montre que la distinction de l'usage normal et anormal n'est pas le seul point de vue essentiel).

Il nous semble cependant que l'on pouvait aussi bien suivre la ville sur le terrain où elle se plaçait : le permissionnaire de voirie est avant tout un individu qui pour ses profits économiques soustrait une portion du domaine à l'usage du public pour en faire une utilisation non conforme à sa destination; c'est cela qui est essentiel dans la permission de voirie; or ce trait peut aussi bien se retrouver dans un stationnement superficiel que dans une occupation avec emprise. Quant au caractère de l'autorisation on admet aujourd'hui qu'il ne s'agit pas d'un acte de police (v. JÈZE, *Principes de droit adm. III*, pp. 238 et suiv. et nos développements dans notre II^e partie).

Le rapprochement avec la permission de voirie aurait eu l'avantage de mieux faire sentir que le pouvoir discrétionnaire découlait bien en l'espèce du caractère anormal de l'utilisation.

Ainsi, ce qui caractérise le régime administratif de l'usage anormal ce n'est pas l'existence d'un régime d'autorisation mais le pouvoir discrétionnaire de l'Administration pour accorder ou refuser l'autorisation. C'est là à la fois une conclusion logique et une constatation d'expérience. Or les

utilisations communes de la voirie que nous avons étudiées et que l'on prétend être anormales sont soumises à un régime d'autorisation préalable mais cette autorisation n'est jamais discrétionnaire.

Fausse en soi, l'idée d'usage anormal n'est donc même pas une explication satisfaisante du régime administratif. C'est ailleurs qu'il faut chercher cette explication.

CHAPITRE II

LA JUSTIFICATION DES REGIMES SPECIAUX EN DEHORS DE L'IDEE D'USAGE ANORMAL

L'idée que certains usages communs constituent des usages anormaux étant écartée, et la justification des régimes spéciaux auxquels sont soumis ces usages ne pouvant plus ainsi être tirée d'un prétendu caractère anormal, il faut rechercher une autre justification de ces régimes spéciaux en ce qui concerne d'abord le régime de police appliqué et ensuite les responsabilités civiles qui peuvent être encourues.

SECTION I. — LE RÉGIME DE POLICE.

Il faut, pour expliquer le régime de police, rappeler les principes qui constituent les données essentielles du problème. Ces principes comportent qu'un régime d'autorisation peut être imposé même aux activités qui constituent une utilisation normale de la voie publique. Cependant il ne peut être imposé qu'à certaines conditions et il ne doit jouer que dans certaines limites.

a) D'abord ce régime ne peut être institué que s'il existe des *motifs de police exceptionnels*; ces motifs peuvent se révéler soit dans les circonstances de fait, ces circonstances étant *exceptionnelles*, soit dans le caractère même de l'utilisation, cette utilisation étant *exceptionnelle*.

b) D'autre part le fonctionnement de ce régime est lié à deux règles essentielles qui constituent ses limites :

1^o La première est que l'autorisation ne peut être refusée *qu'individuellement*; l'autorité de police ne peut pas procéder à un refus général d'autoriser parce qu'en fait elle substituerait ainsi au procédé de *l'autorisation* celui de *l'interdiction*.

2^o La deuxième règle est que le pouvoir de refuser l'autorisation n'est jamais *discrétionnaire*; le juge doit contrôler le refus d'autoriser et son contrôle doit porter sur deux éléments : l'existence de motifs de police — la gravité des motifs de police qui doit être suffisante pour justifier la mesure prise.

Existence de motifs de police exceptionnels — Impossibilité de procéder à une interdiction absolue — Contrôle exercé par le juge sur les motifs de la décision — Telles sont les conditions auxquelles est subordonnée la légalité du régime de l'autorisation, dans lesquelles ce régime s'explique juridiquement. Ces conditions sont-elles respectées en notre matière ?

I. *Caractère exceptionnel.*

Il est facile de découvrir dans chacune des utilisations que nous avons rencontrées ce *caractère* qui constitue un motif de police exceptionnel; ce caractère tient tantôt aux inconvénients que l'utilisation présente pour la commodité de la circulation¹, tantôt aux dangers qu'elle offre pour la conservation de la voie²; dans tous les cas il s'agit d'inconvénients qui excèdent les inconvénients ordinaires de la circulation habituelle; l'institution dans ce cas d'un régime extrême

1. Pour les transports en commun, Anjouvin, précité : « Les arrêtés se bornant à réglementer le service *spécial* et *exceptionnel* de voitures destinées aux transports en commun... service qui présente de graves inconvénients pour la sécurité de la circulation et la sûreté des personnes. »

Pour le stationnement, Despujol, précité : « Dans les *conditions particulières* de difficulté de la circulation à Chaumont-sur-Loire,... eu égard à l'affluence des touristes venant visiter le château et à la largeur insuffisante des voies d'accès... en raison du nombre et de la durée prolongée des stationnements effectués... »

2. C. E. 27 juillet 1928, Renault, précité : « Les essais effectués sur les voies publiques présentent des inconvénients sérieux, tant pour la circulation et la sécurité publique que pour la conservation des dites voies... »

traduit seulement la souplesse de l'intervention policière et l'adaptation d'un moyen grave à des motifs graves.

Mais ce qui prouve bien que l'explication n'est pas dans le caractère anormal de l'utilisation, c'est que le motif exceptionnel peut se trouver en dehors du caractère de l'utilisation dans les *circonstances de fait* : c'est ce que le Conseil d'Etat a jugé dans l'affaire des parcs de stationnement parisiens en décidant que le stationnement normal et légitime des riverains peut être assujéti au régime de police « étant donné les difficultés particulières de la circulation dans la ville de Paris ».

II. *Interdiction relative.*

L'administration ne peut pas interdire l'utilisation d'une manière absolue; l'étude de la jurisprudence nous a permis d'en relever de nombreuses applications¹. Mais le Conseil d'Etat en a surtout fait dans la matière du stationnement une application d'ailleurs involontaire : on a vu que le stationnement est différemment traité suivant qu'il a pour but l'accès d'un immeuble ou qu'il est fait à l'occasion de la circulation, le Conseil justifie la différence en déclarant que seule le premier stationnement est une utilisation normale. En réalité si l'on admet comme on doit le faire que l'utilisation est aussi normale dans les deux cas, la différence de traitement s'explique aussi logiquement. On a vu que le Conseil d'Etat considérait comme une interdiction absolue toute mesure qui, bien que limitée dans l'espace, aboutit en fait à une interdiction absolue². Or il y a une différence évidente entre le stationnement exercé à l'occasion de la circulation et à l'occasion de l'accès : c'est que le premier peut se faire en un endroit quelconque, alors que le deuxième ne peut se faire qu'en un certain

1. Rappelons seulement : pour les transports en commun : *Tramways du Var et du Gard*; pour le stationnement : *Grundmann* 8 déc. 1933.

2. Par exemple l'interdiction de la circulation de troupeaux sur certaines voies est illégale lorsqu'il s'agit précisément des chemins menant aux pâturages.

endroit : devant l'immeuble desservi ; l'interdire précisément devant cet immeuble, ce n'est pas seulement soumettre une utilisation normale à un *régime de police*, c'est la soumettre en fait à un régime d'*interdiction absolue*¹.

III. *Compétence liée.*

Mais le trait essentiel de l'intervention administrative est à nos yeux le contrôle qu'exerce le juge sur ses motifs. Lorsqu'elle intervient, et en particulier lorsqu'elle refuse d'accorder son autorisation, l'administration n'a jamais un pouvoir discrétionnaire.

Il faut insister sur ce trait, d'abord parce qu'il nous paraît l'argument principal contre l'idée d'usage anormal, ensuite parce qu'il révèle de la part de la jurisprudence judiciaire une attitude divergente qu'il est nécessaire d'expliquer.

1° *Le principe.* — L'intervention administrative est soumise au *contrôle du juge* aussi bien dans l'institution d'un régime d'autorisation que dans son fonctionnement. Dans les deux cas le contrôle porte sur l'existence et sur la gravité des motifs de la mesure, il n'existe donc pour l'administration aucun pouvoir discrétionnaire.

L'administration ne peut d'abord établir un régime de police que s'il y a des motifs de police suffisants. Les règles qui président à l'établissement de ce régime nous en ont fourni des exemples pour toutes les utilisations que nous avons étudiées².

1. Dans l'affaire *Siè industrielle de Paimpont*, précitée, le Conseil a jugé au contraire qu'un maire avait pu interdire « l'accès de certains chemins à des véhicules circulant dans des conditions qui constituent un usage anormal de la route ». Or, il s'agissait de chemins qui desservaient la propriété des entrepreneurs. Il est vrai que l'interdiction était seulement temporaire — et surtout qu'il s'agissait ici de la protection de la voie. Pour excessive que paraisse la mesure elle permet déjà de constater que les droits des usagers sont plus fragiles lorsque l'administration intervient à leur égard pour la conservation du domaine, c'est-à-dire, comme nous essaierons de le montrer plus tard, en vertu de ses droits de propriétaire.

2. Stationnement : *C. E. Despujol*, précité : « Eu égard à l'afflux des touristes

D'autre part on a vu que l'administration ne pouvait refuser d'autoriser que s'il existait des motifs suffisants et que le Conseil d'Etat contrôlait l'existence et l'importance de ces motifs. Cette règle est mise particulièrement en lumière dans la matière du stationnement : La jurisprudence judiciaire décidait jadis que le stationnement non-nécessaire ne pouvait même pas être autorisé par l'administration¹. Actuellement le stationnement prolongé, « anormal » pour employer l'expression du Conseil d'Etat, non seulement peut être autorisé, mais l'autorité de police a le devoir de l'autoriser dans la mesure du possible sous le contrôle du juge de la légalité (jurisprudence touchant au stationnement des marchands ambulants. *C. E. Grundmann, précité*).

Ainsi ces utilisations dites « anormales » ne comportent jamais de la part de l'administration le pouvoir discrétionnaire d'en empêcher l'exercice. On pourrait cependant avoir quelques doutes à ce sujet, devant la position prise sur ce point par la Cour de cassation ; à ce titre cette position mérite d'être étudiée dans sa *portée* et aussi appréciée dans sa *valeur* :

2° *Le point de vue de la Cour de cassation.* — La position prise par la Cour de cassation concerne l'étendue du contrôle que le juge peut exercer sur les mesures prises par l'autorité administrative. D'après elle ce contrôle ne pourrait s'exercer que sur le but poursuivi par l'agent public, sur sa compétence pour prendre la mesure et enfin sur l'objet de la mesure elle-même qui ne peut consister qu'en un moyen prévu par la loi. En revanche le contrôle ne pourrait pas s'exercer sur les motifs de la décision : il ne pourrait pas consister à rechercher s'il y

et à la largeur insuffisante des voies la réglementation du stationnement est nécessaire pour assurer la liberté de la circulation. »

Cf. en matière de transports en commun les règles que nous avons citées concernant le pouvoir du préfet d'établir un régime d'autorisation.

1. L'argument était que l'administration ne peut autoriser ce qui est interdit par le code pénal.

Le maire ne peut autoriser devant un hôtel le stationnement « qui aurait pour effet l'occupation habituelle d'une portion de la voie publique dans l'intérêt privé d'un citoyen ». *Cass. crim.* 19 août 1847, *Auclair*, D. P. 1847.IV.504.

avait dans les circonstances de la cause des motifs de fait suffisamment graves pour justifier la mesure prise. La Cour de cassation estime que ce contrôle n'est pas possible; la raison qu'elle en donne est que le juge contrôlerait par là l'utilité ou l'opportunité de la mesure et qu'il « méconnaîtrait ainsi les limites qui séparent le pouvoir administratif du pouvoir judiciaire. » Cette position a une portée tout à fait générale, elle vaut pour toute intervention de police des agents publics, en particulier en matière d'usage de la voie publique la Cour ne l'applique pas seulement aux utilisations exceptionnelles que nous étudions, mais à la réglementation administrative en général¹. Néanmoins comme elle touche directement au pouvoir de contrôle du juge et au pouvoir discrétionnaire de l'administration, il est nécessaire de l'examiner ici.

Le point de vue soutenu est en contradiction avec celui adopté par le Conseil d'Etat lequel apprécie la régularité de la mesure prise d'après l'existence et la gravité des motifs qui l'ont inspirée². Pratiquement la position que la Cour a prise et qu'elle impose aux tribunaux judiciaires est regrettable: les protestations des usagers de la route contre des arrêtés qui sont excessifs, qu'il n'y avait pas lieu de prendre étant donné les motifs, se présentent souvent sous la forme de l'exception d'illégalité, à des époques où le recours pour excès de pouvoir n'est plus ouvert; d'autre part les tribunaux judiciaires, plus à portée des faits, sont mieux placés pour les apprécier que le Conseil d'Etat, lequel ne peut avoir par les dossiers qu'un

1. En particulier cette règle est appliquée au contrôle exercé par les tribunaux sur les mesures de police réglementant dans les agglomérations la vitesse maxima des véhicules : le juge judiciaire ne doit pas apprécier s'il existait bien en fait des motifs suffisamment graves de prendre la mesure en question : *Cass. crim. 11 mars 1927, Costes*, D. H. 1927, p. 207 : « ... lorsqu'un maire a imposé une vitesse maxima le juge de police ne peut relaxer le contrevenant en déclarant qu'une limitation à moins de 20 kilomètres à l'heure ne peut se justifier que s'il existe des sinuosités, etc... »

2. *C. E. Plâtrières de Bagnolet*, 29 janv. 1926, D. P. 28.III.48 : « ...les dispositions en question n'ont dans les circonstances de l'affaire aucun caractère abusif... »

Paillès (précité) : l'interdiction de circuler dans une rue n'a rien d'excessif eu égard aux circonstances de fait dont il y a lieu de tenir compte dans chaque commune ».

Cf. toute la jurisprudence relative aux cortèges sur la voie publique.

reflet lointain des circonstances locales. Mais indépendamment de ces inconvénients pratiques le point de vue adopté par la Cour de cassation n'est pas *juridiquement correct* :

La formule employée par la Cour révèle en réalité deux arguments : le premier tend à dénier le pouvoir de contrôler les motifs *au juge en général* — le deuxième tend à le dénier plus spécialement *au juge judiciaire*, c'est donc à une double discussion qu'il faut se livrer.

1. D'après la Cour, en exerçant son contrôle sur les motifs de la décision, le juge contrôlerait son utilité, son opportunité. Or un pareil contrôle ne peut exister, il ne fait pas partie du rôle du juge.

Cette formule est certainement inexacte ou plutôt elle peut être exacte, elle ne l'est pas toujours. Elle est exacte lorsque l'administration a un pouvoir discrétionnaire ; en effet un pareil pouvoir suppose que la loi entend laisser l'administrateur libre d'apprécier la nécessité de la mesure et libre de choisir cette mesure : ce choix étant laissé à l'administrateur ne peut être contrôlé par le juge car il empiéterait sur les fonctions de l'administrateur. Mais la formule est inexacte lorsque l'administrateur n'a pas de pouvoir discrétionnaire : dans ce cas en effet la loi détermine dans quelles conditions, dans quelles circonstances de fait l'administrateur pourra ou devra agir : en appréciant cette activité par rapport aux circonstances de fait le juge ne fait alors que constater si la loi a été appliquée, il remplit là son rôle de juge de la légalité.

Or il n'est pas douteux que lorsque les agents publics règlent l'usage des voies publiques, ils ne possèdent pas pour cette intervention un pouvoir discrétionnaire¹ ; lorsqu'il s'agit de l'usage normal et habituel des voies, cela n'a jamais fait

1. Il est donc bien difficile de souscrire à cette remarque (déjà signalée) de M. Jèze (*R. D. P.* 1922, p. 527) : « les pouvoirs de police du maire sont discrétionnaires mais ne sont pas arbitraires », d'autant plus que l'arrêt annoté constate précisément la régularité d'une mesure de police dans l'intérêt de la sécurité publique « qui à défaut de cette mesure risquait d'être compromise à raison de la circulation intense ».

de doute. Or l'attitude de la Cour de cassation joue dans tous les cas, même à l'égard de cet usage normal.

2. Mais la question n'est pas entièrement résolue par là : Si ce pouvoir de contrôle des motifs existe pour le juge en général, n'y a-t-il pas une raison spéciale de l'écarter lorsque ce juge est le *juge judiciaire* ?

C'est bien ce que semble dire la Cour de cassation car elle estime que le contrôle des motifs est interdit au juge par la *séparation des autorités administrative et judiciaire*.

Il est exact que par suite de cette séparation le contentieux des actes administratifs est réservé aux tribunaux administratifs : mais il y a précisément ici une exception consacrée par un texte de loi, l'article 471, 15° du code pénal : les tribunaux judiciaires peuvent apprécier par voie d'exception la légalité des règlements de police. La question est alors de savoir si cette appréciation ne doit porter que sur certains éléments de l'acte administratif. Or on ne voit pas du tout pourquoi il en serait ainsi ; si les tribunaux judiciaires peuvent dans certains cas apprécier la légalité des actes administratifs, on ne voit pas pourquoi dans ces cas ils n'apprécieraient pas cette légalité *dans tous ses éléments*, pourquoi ils ne se livreraient pas alors aux mêmes examens que le juge administratif ; puisque les tribunaux judiciaires contrôlent alors l'objet de la mesure, la compétence de l'agent, le but poursuivi, il n'y a aucune raison pour qu'échappe à leur contrôle le dernier de ces éléments : *l'existence et la gravité des motifs de police*.

En réalité il y a bien une raison pour la Cour de cassation : c'est qu'elle n'est pas juge du fait, mais cette raison ne vaut que pour elle — et elle ne tient pas à la séparation des pouvoirs mais au caractère du contrôle exercé par la Cour de cassation.

Quelque exceptionnelles que soient les utilisations de la voirie soumises au régime de l'autorisation, elles ne comportent jamais de la part de l'administration l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ; l'attitude de la Cour de cassation ne contredit pas ce point de vue, car elle tient à une position tout à fait géné-

rale et non au caractère de certaines activités réglementées. C'est seulement à l'égard de l'usage anormal du domaine que l'administration possède pour refuser l'autorisation un pouvoir discrétionnaire : le Conseil d'Etat en a fait l'application en notre matière dans l'affaire Dulaurens Préticille : il a reconnu là le pouvoir discrétionnaire du maire, mais précisément il s'agissait bien là, nous l'avons dit, d'un stationnement vraiment anormal ; sans le dire le Conseil a marqué qu'il entendait établir entre le régime de l'usage anormal et celui de l'usage exceptionnel une différence essentielle.

En définitive l'extension du régime de l'autorisation préalable à certains types d'utilisation commune des voies publiques s'explique très logiquement étant donné les limites qui lui sont assignées :

Nécessité pour l'établissement de ce régime de motifs de police *exceptionnels*.

Impossibilité dans son fonctionnement de procéder à des mesures générales de refus qui le transformeraient en fait en un *régime d'interdiction*.

Existence dans tous les cas d'un *contrôle juridictionnel* portant sur les motifs de l'intervention administrative.

C'étaient là les trois conditions pour que le régime de police fût admissible en matière d'usage commun et normal ; nous avons vu qu'elles étaient respectées ; sous ce premier aspect l'évolution des règles de l'intervention administrative se justifie sans difficulté ; elle n'oblige pas en particulier à faire appel à l'idée d'usage commun anormal. Cette idée, dont nous avons déjà essayé de montrer qu'elle était *inexacte* se révèle donc également *inutile*.

Peut-être sera-t-elle de plus d'intérêt pour expliquer les transformations du régime des responsabilités ; c'est la question que l'on va maintenant se poser.

SECTION II. — LE RÉGIME DES RESPONSABILITÉS.

L'utilisation des voies publiques est susceptible de mettre en mouvement deux sortes de responsabilités : La responsabilité de l'*usager* pour les dégradations que son activité peut causer à la voie.

La responsabilité de l'*administration* pour les dommages que le mauvais état de la voie peut causer à l'*usager*.

A prime abord il semble qu'il n'y ait rien de commun entre ces deux responsabilités. La lecture des décisions de jurisprudence, des conclusions qui les ont provoquées, des commentaires qui les ont suivies oblige cependant à se demander s'il n'existe pas dans les deux systèmes une notion commune : celle d'*anormalité*, et quelle est ici la valeur de cette notion que nous avons déjà si souvent rencontrée.

A voir une certaine terminologie rattacher la responsabilité de l'administration au « dommage anormal » subi par l'*usager*, on peut se demander s'il n'y a pas là un principe de responsabilité correspondant à celui qui joue pour la dégradation causée à la voie.

D'un côté l'administration ne devrait supporter que « l'usure normale », la détérioration normale de la voie, la dégradation anormale restant à la charge de l'*usager*.

De l'autre l'*usager* devrait supporter une certaine marge de dommages normaux, « n'excédant pas les risques ordinaires de la circulation » ; seul le dommage anormal engagerait la responsabilité de l'administration.

Dans les deux cas il y aurait ainsi l'idée d'une *ligne moyenne, normale*, au delà de laquelle s'ouvrirait le domaine de la responsabilité.

Quelle est la valeur, quel est l'intérêt de cette idée ? « L'anormal » est-il susceptible d'apporter à la théorie des responsabilités une contribution plus utile qu'à celle de l'intervention de police ?

§ I. La responsabilité de l'usager pour les dégradations de la voirie

Dans la conception traditionnelle cette responsabilité n'existe pas lorsque la dégradation est le résultat de l'usage normal, correct de la voirie. On exprime cette idée en disant que l'usure de la voie, que son entretien sont à la charge de la collectivité.

On a dû, nous l'avons vu, écarter cette règle dans certains cas pour admettre que l'usager pouvait être tenu pour responsable des dégradations qu'entraîne son activité.

Comment peut s'expliquer cette responsabilité?

Une pareille question nous paraît en réalité se dédoubler, se poser sous deux formes.

La première consiste à se demander si la responsabilité est *justifiée en raison*, s'il est juste que la responsabilité soit mise à la charge de l'usager et dans quel cas cela est juste.

La deuxième consiste à se demander par quel *procédé juridique* cette idée de justice s'applique, comment son application, c'est-à-dire la mise en jeu d'une responsabilité peut s'expliquer juridiquement.

1. Il est assez facile de fonder en justice les cas de responsabilité dégagés par la jurisprudence en notre matière. Ils sont justifiés par l'idée suivante : il ne faut pas, il n'est pas juste que la collectivité soit *grevée de charges qui bénéficient à un seul*.

Cela peut se produire de plusieurs manières :

D'abord lorsque la collectivité est obligée de supporter et de *réparer les conséquences d'une activité exceptionnelle d'un particulier agissant à son profit*; il est juste alors que ce soit ce particulier qui supporte les conséquences pécuniaires de son activité : c'est le cas de cette affaire Bastin, où l'on voit les camions d'un entrepreneur défoncer par un usage exceptionnel un tronçon de route nationale, causer, au profit d'un seul, autant de dégradations que tous les autres usagers réunis.

Cette idée de justice trouve une autre application dont nous reparlerons tout à l'heure parce qu'elle a donné lieu récemment à une décision assez curieuse et qui, dans une matière différente de la responsabilité, illustre d'une manière frappante le principe dont nous faisons état : il s'agit du cas où la collectivité serait amenée à *faire des frais qui profiteraient en fait à un seul individu*.

2. Mais il faut encore expliquer par quel procédé de *technique juridique* cette idée de justice peut, en notre matière, entrer en jeu, réaliser son application.

Un système de responsabilité peut jouer sur la base de deux principes : le premier est le principe de la *faute*, il suppose que l'activité qui a causé le dommage constitue une faute — le deuxième est le principe du *risque* : il comporte une simple relation de cause à effet entre une activité et un dommage entraîné par cette activité, là responsabilité est engagée à raison de cette simple relation.

En principe, la responsabilité des usagers est une responsabilité pour *faute*, basée sur le même principe que la responsabilité entre particuliers ; l'usager n'est responsable que des fautes qu'il commet : ainsi responsabilité de l'usager qui a dégradé la voie en laissant traîner des branches d'arbres derrière son véhicule, parce qu'il a commis là une faute¹.

On a précisément essayé d'expliquer les responsabilités que nous étudions en restant dans la même ligne ; on a dit : dans les cas en question l'usager commet une faute ; ainsi dans l'affaire Brasier le Conseil d'Etat déclare que le constructeur qui essaie son véhicule « commet une *faute* » à raison des vitesses excessives qu'il pratique. Pour justifier l'idée de faute dans toutes les hypothèses, on s'est servi précisément de l'idée d'*usage anormal* : l'usager, dit-on, commet une faute en faisant du domaine public un usage anormal.

En réalité, la responsabilité s'explique très bien en dehors de l'idée d'usage anormal : la jurisprudence applique tout

1. C. E. 14 juin 1922, Simon. Rec. p. 515.

simplement à une activité normale la responsabilité pour *risque* : le dommage est mis à la charge du particulier vu le risque qu'il a créé. Cette idée, nous croyons justement la voir consacrée dans un arrêt du 17 nov. 1920 (Rec. p. 969) qui va nous permettre en même temps de préciser la *portée* et les *limites* de la responsabilité pour risque appliquée à l'activité des administrés.

Il s'agit encore de dégradations causées par des véhicules de poids excessif : la requête reproduit les termes de l'arrêt Bastin et invoque l'idée d'usage anormal. Or le Conseil d'Etat paraît se placer à un autre point de vue : « Considérant que les dégradations causées à la voie publique par les véhicules d'un poids considérable que la société a fait circuler ont eu, à raison de leur importance, un caractère *exceptionnel* et ont constitué une usure de la route *excédant les risques* d'une circulation normale. »

Il semble que l'idée du Conseil d'Etat est donc maintenant qu'il s'agit d'un usage simplement *exceptionnel* mais que cet usage entraîne un *risque exceptionnel*. Le procédé technique employé serait donc l'application à la responsabilité des particuliers de la règle admise pour la responsabilité de l'administration : On sait, en effet, que la responsabilité des services publics, basée sur l'idée de faute, fait au système du risque une certaine place limitée à l'idée de *risque exceptionnel* : C. E. 21 mai 1920, *Colas*, p. 532. La responsabilité pourrait ici aussi être engagée sans faute lorsque, par suite de sa *situation exceptionnelle* l'usager a créé un *risque exceptionnel*. Ce procédé serait le moyen qui permettrait d'appliquer l'idée d'équité. Il apporte une exception grave aux principes de la responsabilité des particuliers mais il permet d'appliquer une idée de justice dans des cas où l'on se trouve en présence de situations exceptionnelles.

Est-ce d'ailleurs, dans notre droit administratif, le seul cas où en présence d'une situation exceptionnelle, on écarte les règles normales parce que leur jeu ne permettrait pas d'appliquer un principe supérieur ?

Dans la célèbre affaire *Couitéas* où l'on voit l'administration refuser d'appliquer la règle de l'autorité de la chose jugée, on écarte cette règle en présence d'une *situation exceptionnelle* pour appliquer le principe supérieur de l'ordre public.

Dans le système de l'imprévision n'écarte-t-on pas également le jeu normal des contrats administratifs pour appliquer le principe supérieur de la continuité du service dans une *situation « extracontractuelle »*, c'est-à-dire, au fond, *exceptionnelle*?

Cette idée qu'il faut écarter le jeu de la règle ordinaire de responsabilité lorsque, *par suite de circonstance exceptionnelle*, la répartition habituelle des charges financières créerait une injustice nous paraît avoir trouvé sous une forme assez curieuse une autre application à laquelle nous avons fait allusion et dont il nous faut parler.

Il ne s'agit plus de la responsabilité de l'usager et des cas où cette responsabilité est engagée mais du devoir de l'administration d'entretenir la voie et des cas où elle peut se décharger de cette obligation. Le principe est que l'administration est obligée d'entretenir, que, si elle n'entretient pas, elle engage sa responsabilité aussi bien à l'égard des usagers pour les accidents qui pourraient résulter du mauvais entretien¹, qu'à l'égard des riverains pour le dommage permanent qu'entraîne pour eux l'abstention administrative. Or le conseil de préfecture de Versailles a rendu récemment une décision qui, à prime abord, paraît étonnante et dont les motifs sont en effet d'une correction discutable².

Il s'agit d'un chemin rural non reconnu qu'une commune laissait en état d'impraticabilité absolue, le requérant, riverain de la voie, prétendait que le chemin ne permettait plus l'exploitation normale de sa ferme et réclamait une indemnité basée sur le dommage permanent. Le conseil de préfecture le déboute et voici les arguments qu'il donne.

1. V. plus loin l'application de ce principe.

2. Legendre, 18 déc. 1933, D. P. 1933.III.77, avec la note de M. Monsarrat.

1. En matière de chemin rural non reconnu il ne peut y avoir de responsabilité que pour des dégradations causées *directement* à la propriété, non pour le dommage résultant des difficultés d'accès. La raison serait que la loi du 10 août 1881 n'obligerait pas les communes à entretenir leurs chemins ruraux.

Ces arguments sont assez fragiles : la loi de 1881 n'a pas pour effet de décharger la commune de son obligation d'entretenir mais seulement d'enlever à cette obligation une de ses sanctions : le *procédé de la dépense obligatoire*. Quant à la distinction entre les deux dommages elle semble reposer sur une fausse analogie avec la règle admise pour les dépendances du domaine qui ne sont pas destinées à l'accès du public (v. *arrêt préfet des Côtes-du-Nord*, C. E. 14 déc. 1921, p. 1055, qui écarte l'indemnisation pour la privation d'accès sur les rivages de la mer¹).

2. Le propriétaire riverain possède seulement sur le chemin un *droit de servitude* qu'il lui appartient de conserver.

Ce deuxième argument est inadmissible : il y a longtemps que l'on a démontré l'impossibilité d'assimiler à des servitudes l'usage des voies de communication². Sans doute, il y a ici cette considération que le chemin rural fait partie du domaine privé mais l'utilisation du domaine affecté à l'usage de tous ne peut être considéré comme une servitude, même s'il s'agit du domaine privé et *a fortiori* s'il s'agit d'un chemin public.

3. Les propriétaires riverains intéressés ont toujours la possibilité d'organiser une association syndicale qui se chargera d'entretenir le chemin.

Il y aurait là un cas curieux de collaboration au service public mais le vice de l'idée est qu'elle transforme en *collaboration forcée* un système qui doit rester un type de *collaboration volontaire*.

1. Ces premiers arguments sont d'ailleurs écartés dans un arrêt du conseil de préfecture de Nantes du 19 mars 1932 (*id.*) qui porte sur le même problème et le résout dans le sens opposé.

2. V. Jèze, *R. D. P.* 1910, p. 698.

Si l'on poursuit la lecture de l'arrêt on y lit deux nouveaux arguments dont le premier semble, s'il est isolé, des plus surprenants : « Attendu que la réfection des chemins litigieux entraînerait pour la commune de Gironville une dépense d'environ 200.000 francs, dépense qui excéderait indiscutablement les possibilités pécuniaires d'une petite commune rurale dont les budgets sont déficitaires depuis plusieurs années... » Cet argument paraît dévoiler un aspect nouveau et inattendu de l'idée d'anormalité : *la dépense budgétaire anormale*. Il paraît d'autre part en contradiction flagrante avec les règles sévères auxquelles la jurisprudence soumet les considérations financières en matière de voirie. En 1927 dans une affaire *Bellescize*¹, le Conseil d'Etat annule l'interdiction adressée aux automobilistes de circuler dans une rue, sans égard pour la raison invoquée par le maire et qui était « la réfection annuelle, opération difficile et coûteuse ». En 1932, une certaine jurisprudence prêterait-elle à ces plaintes une oreille plus favorable ? Ce serait une conclusion trop hâtive : Ce qu'il y a de tout à fait spécial dans l'affaire de Versailles — et la suite de l'arrêt le révèle — c'est que le chemin en question ne desservait que deux immeubles : c'était donc grever pour le bénéfice de *deux usagers* le budget local d'une somme de 200.000 francs par an. C'est d'ailleurs ce point de vue que le conseil fait valoir en fin de compte².

C'est là une nouvelle manifestation de cette idée que le budget de la collectivité ne doit pas être grevé de charges exceptionnelles au profit d'un seul, pas plus qu'il ne doit supporter les conséquences pécuniaires de l'activité d'un particulier qui a créé à son profit un *risque exceptionnel*.

1. *C. E. Bellescize*, 12 nov. 1927, D. P. 1928.III.48.

2. «... le propriétaire de l'un des immeubles ne saurait sérieusement prétendre que la nature du chemin dont s'agit et le nombre de ses usagers justifieraient les sacrifices correspondant à la remise du chemin en état de viabilité ».

§ II. La responsabilité de l'administration pour dommages résultant de l'usage de la voie publique¹.

Il arrive assez fréquemment que les usagers des routes soient victimes d'accidents dont la cause est due à l'état matériel du domaine qu'ils utilisent : c'est l'ornière trop profonde, le goudron trop glissant qui provoquent le dérapage — ce sont des travaux que l'on a négligé d'éclairer la nuit ou qui surgissent brutalement à la sortie d'un virage — c'est la branche d'arbre pourrie ou trop vivement secouée par la tempête qui met un soin malicieux à tomber sur la route au moment précis où passe l'automobiliste.

A quelles conditions l'administration est-elle responsable de pareils accidents ?

Rappelons les principes qui dominent la question : on est dans le domaine des dommages de travaux publics, domaine que la jurisprudence élargit constamment pour y faire rentrer tous les dommages rattachés de près ou de loin à un travail public ou à un ouvrage public².

Dans cette matière la responsabilité de l'administration est engagée de manières différentes suivant qu'il s'agit de *dommages permanents* ou de *dommages accidentels*.

Au premier cas la responsabilité est fondée sur l'*idée de risque*, l'administration est toujours responsable des dommages subis par les particuliers à la condition que le dommage soit vraiment *causé* par le travail public ou l'ouvrage public, que la cause du dommage se trouve dans la présence, l'état ou même l'absence du travail public. Il y a cependant une deuxième condition qui tient au *caractère du dommage* : il faut que le dommage « excède les inconvénients normaux du voisinage », cette condition se rattache à une notion classique, très générale puisqu'on la retrouve en droit civil dans les relations entre héritages privés.

1. V. sur ce point MATHIOT. *Les accidents dus aux Travaux publics* thèse Paris 1934.

2. Sur cet élargissement, cons. BONNARD, *Note* au S. 1932.III.41.

Lorsqu'il s'agit au contraire de *dommages accidentels*, il ne suffit pas que la cause du dommage réside dans le travail public ; il faut que cette cause soit due à une *faute* de l'administration : que l'administration ait mal construit, mal entretenu, mal surveillé le travail ou l'ouvrage public. En d'autres termes la responsabilité est ici rattachée au système de la « faute du service public » et non plus à celui du risque. Mais il y a une autre différence qui sépare cette responsabilité de celle des dommages permanents : on ne s'attache pas au *caractère du dommage*, du moins n'est-il pas nécessaire ici que ce dommage excède certains « inconvénients normaux », il suffit seulement qu'il réunisse les caractères que doit présenter tout dommage pour donner lieu à une responsabilité c'est-à-dire qu'il soit certain, matériel et spécial.

I. Les fondements de la responsabilité.

Or dans la matière que nous étudions on trouve précisément certains commentaires, certaines explications et même certaines formules de la jurisprudence qui semblent adopter sur le système de la responsabilité au cas d'accidents un point de vue un peu différent : ce point de vue rapproche ce système de responsabilité de celui des dommages permanents non pas en ce qui concerne le principe de la responsabilité qui reste bien l'idée de faute mais en ce qui concerne le *caractère du dommage*. Il faudrait en effet que le *dommage* présente ici aussi un *caractère anormal* et lorsqu'on rapproche cette idée de celle des inconvénients anormaux du voisinage et aussi des multiples formes que prend en matière d'usage de la voirie la catégorie de l'« anormal » on est tenté de se demander avec M. Rousseau (*Note au S. 1930, III.74*) « s'il n'y a pas là un concept encore peu étudié en doctrine mais qui apparaît depuis plusieurs années dans la jurisprudence administrative ».

Nous croyons que dans la matière des dommages accidentels cette idée est d'un bien médiocre intérêt, qu'elle ne fait

que décorer d'un terme nouveau un système traditionnel auquel elle n'apporte rien qui n'existât déjà, et que d'autre part on lui assigne dans ce système une place et un rôle qui ne sont pas ceux qu'elle y possède vraiment. Mais il faut indiquer d'abord comment on paraît vouloir l'utiliser.

C'est dans les conclusions de M. Romieu sur l'affaire *Grimaud* du 20 mars 1926¹ que semblent avoir été développées pour la première fois d'une manière précise les idées dont nous faisons état. Il s'agissait de l'accident causé à un automobiliste par la chute d'une branche d'un arbre situé en pleine campagne et dont rien apparemment ne signalait le mauvais état. Le commissaire du gouvernement constate que l'on ne saurait faire grief à l'administration d'un pareil accident, il paraît bien ainsi se placer sur le terrain de la faute pour constater qu'il n'y avait pas en l'espèce de faute commise, mais la suite de son argumentation fait appel à d'autres points de vue : l'accident en question serait pour l'usager un *risque normal* de la circulation; il y aurait en effet des risques normaux, habituels que tout usager de la voie doit s'attendre à encourir lorsqu'il y pénètre et dont il doit supporter les effets. Cette idée semble être accueillie par le conseil de préfecture de Versailles dans un arrêt du 11 juillet 1930 (*D. P.* 30.III.51) : on y lit qu'un automobiliste qui a dérapé dans un virage que de larges flaques de boue rendaient particulièrement glissant ne peut être indemnisé, « l'existence de boue sur les routes constituant un de ces risques auxquels l'usager doit savoir qu'il s'engage lorsqu'il pénètre sur la voie ».

Le point de vue est repris sous une autre forme par M. Rousseau dans une note au Sirey (1930, III, 74) et dans un article paru dans la *Revue du droit public* de 1932 « Le régime juridique de la circulation ». Il n'y aurait lieu à réparation que si le *dommage* présentait un *caractère anormal*, il faudrait que « le sacrifice subi excède ceux que l'usager d'une route doit s'attendre à supporter ».

1. V. ces conclusions dans la *Revue du droit public* 1926, p. 261.

En définitive il faudrait chercher soit dans le dommage lui-même un caractère anormal, soit dans les circonstances où il s'est produit « une situation anormale aggravant le risque prévisible ».

Mais ce principe que l'usager doit s'attendre à encourir une certaine marge de risques, à subir sans réparation une certaine marge de dommages ne s'appuie pas seulement sur cette idée qu'il y a certains aléas imprévisibles que, dans l'existence, les individus doivent s'attendre à encourir, on la justifie spécialement pour les usagers d'un bien public ou d'un service public : il faut, dit-on, distinguer l'*usager*, qui « bénéficie d'une contrepartie en faisant fonctionner le service à son profit » et le « *tiers* qui est atteint en pleine passivité » ; on est amené à exiger plus de sacrifices de l'usager que du tiers, ces sacrifices constituent la compensation des avantages que lui procure le service. Ainsi il y aurait lieu de faire une distinction d'après la *qualité de la victime* et cette distinction justifierait dans un cas la nécessité d'une condition supplémentaire pour que la responsabilité soit engagée : *l'existence d'un dommage ou d'un risque anormal*.

II. Examen critique.

Quelle est la valeur de ces deux idées, celle d'une *situation anormale* et celle d'une *distinction entre les usagers et les tiers* ? Elles ne nous paraissent guère fondées ni l'une ni l'autre ; mais nous croyons de plus qu'elles ne sont pas d'une grande utilité en la matière.

1° *Le dommage anormal*. — Lorsque l'on examine la formule de style sur laquelle s'est fixée la jurisprudence on découvre aisément le véritable rôle que joue dans le système l'idée d'une situation anormale : la victime doit prouver le défaut d'entretien de la voie « ce *défaut d'entretien* s'entendant de l'*entretien normal* tel qu'il doit être pour assurer au public un usage de l'ouvrage conforme à sa destination ». Un

trait apparaît immédiatement dans cette formule : ce qui doit être anormal, ce n'est pas le dommage subi, ni le risque créé ou encouru, c'est le défaut d'entretien c'est-à-dire le *fait dommageable*. Or on s'explique très bien, si l'on retient ce trait, pourquoi le *fait dommageable* doit, lui, présenter un certain caractère qui peut être à la rigueur qualifié d'anormal bien que cet adjectif soit susceptible de créer des confusions : on est en effet dans le système de la *faute*, le fait dommageable doit constituer une faute. Or la faute en droit administratif n'est pas une chose figée, uniforme mais essentiellement variable, variable avec les services : certains services par exemple celui de la police exigent pour donner lieu à responsabilité une faute plus grave que d'autres, une faute « lourde » — variable aussi avec le temps : ce qui aujourd'hui n'est pas une faute du service public le sera peut-être demain parce que les besoins auxquels le service public donne satisfaction évoluent, deviennent plus exigeants à certaines époques, parce que, d'autre part, les moyens d'action du service public se transforment, se perfectionnent : le service public de la voirie a dû se plier aux exigences plus pressantes de l'automobilisme : il a fallu mieux aménager, mieux surveiller, mieux entretenir la route; ce qui hier était un entretien « normal » c'est-à-dire suffisant étant donné les besoins de la circulation et les moyens d'action des agents publics ne l'est plus aujourd'hui; donc ce qui hier n'était pas une faute le devient aujourd'hui¹.

En d'autres termes il y a des caractères que doit présenter la faute mais nous y insistons : c'est la *faute*, et non le *dommage* ou le *risque*, qui doit présenter ces caractères.

1. Cf. les remarquables conclusions de M. CAHEN-SALVADOR in *Gaz. Pal.* 1924.III.363. Il s'agissait de savoir si les précautions prises par l'administration pour signaler des travaux, précautions qui auraient suffi pour avertir de près un véhicule se déplaçant lentement, exonéraient l'administration des conséquences d'un accident causé à une auto. Le commissaire du Gouvernement s'exprime ainsi : « Les routes ne sont plus destinées aux véhicules hippiques, aux antiques montures, aux camions, aux diligences. Le rythme de la circulation s'est modifié. il convient que les habitudes de l'administration se transforment avec plus de rapidité et s'adaptent aux nécessités nouvelles avec plus de hardiesse. »

Ainsi un cycliste s'entrave dans un fil de fer qui traînait sur la route (*Vve Lé Pape*, 27 juin 1930, *D. P.*, 30.III.50), un automobiliste dérape dans une flaque de boue (11 juillet 1930, *précité*), un arbre situé en rase campagne et qui paraît en excellent état tombe à l'improviste sur un passant (*Grimaud*, *précité*) — l'administration n'est pas responsable. Pourquoi? Uniquement parce que la responsabilité étant soumise au système de la faute, les nécessités de la circulation n'exigent pas que l'on fasse disparaître la boue qui peut couvrir la route et d'autre part parce que les moyens d'action de l'administration ne peuvent lui permettre de vérifier constamment l'état de chaque branche d'arbre : s'il n'y a pas responsabilité c'est donc simplement parce que le service public n'a pas mal fonctionné, les agents publics n'ont pas commis de faute suffisamment grave, ils n'ont même, si l'on veut, commis aucune faute¹.

Au contraire un arbre vermoulu, dont l'inclinaison faisait depuis longtemps présager la chute, tombe sur un passant (16 mai 1930, *S.* 1930.III.74), un véhicule heurte pendant la nuit des travaux qui n'étaient pas éclairés (19 juin 1912, p. 684, cf. *Gaz. Pal.*, 1924, III.63), l'Administration est responsable parce qu'il y a « un défaut d'entretien anormal »; dire qu'il y a un défaut d'entretien anormal c'est dire que, étant donné les exigences modernes de la circulation, les moyens d'action dont dispose l'administration, celle-ci pouvait éviter que l'accident se produise, qu'elle a donc commis une faute.

Pourquoi dire que le *dommage* est anormal? Que la chute d'un arbre soit due à la tempête c'est-à-dire à un cas de force majeure, ou à un état de pourriture dont le service de la voirie aurait dû s'apercevoir, le dommage causé est le même, il n'est pas plus normal dans un cas que dans l'autre.

1. Dans ses conclusions sur l'affaire *Grimaud*, M. ROMEU s'exprime ainsi : « S'agissant d'un arbre situé en pleine campagne, reprocher au maître de l'ouvrage de n'avoir pas obvié à une menace qui ne se traduisait que par une déchirure interne située à 5 m. 50 du sol serait astreindre les services de la voirie à une surveillance qui excéderait très certainement leurs moyens d'action. »

Pourquoi dire que, lorsqu'un cycliste s'entrave dans un fil de fer abandonné sur la route, il encourait un de ces *risques* auxquels doit s'attendre l'usager des voies publiques? L'usager d'une voie n'a pas à s'attendre à courir certains risques, à subir certains sacrifices : il doit s'attendre seulement à n'être indemnisé que s'il prouve une faute commise par l'administration.

2° *La distinction des usagers et des tiers.* — C'est une idée à laquelle on paraît s'attacher assez souvent et de plus en plus¹ que celle qui aboutit à distinguer l'usager d'un service et le tiers pour les soumettre à des régimes différents de responsabilité.

Cette différence de régime ne se traduisait jusqu'ici que par l'exigence, dans les cas de l'usager, d'un dommage anormal, exigence dont nous venons de dire ce que nous en pensions. Mais on s'est avisé plus récemment (*Mathiot, thèse précitée*) que c'était véritablement par deux *systèmes différents de responsabilité* qu'elle devait se traduire et l'on a expliqué par là certaine décision récente dont il va nous falloir parler. Nous pensons que de ce point de vue explicatif la distinction n'est guère utile.

Disons d'abord, qu'elle nous paraît assez mal fondée en raison.

Il serait peut-être séduisant de rapprocher du traitement que l'on prétend ainsi imposer à l'usager pour les dommages accidentels, celui auquel est soumis le riverain pour les dommages permanents : pour celui-ci l'idée d'une compensation aux avantages que lui procure la voie, compensation réalisée précisément par la nécessité pour lui de supporter les « dommages normaux du voisinage » est très nette : la jurisprudence elle-même la consigne dans un arrêt récent (*Ville de Vic-Fezensac, 24 juillet 1931, D. P., 1931.III.52*) où elle écarte la responsabilité d'une commune pour les dommages causés à un

1. V. passages précités de M. Romieu et de M. Rousseau. Dans le même sens Mathiot, *op. cit.*

riverain par des chutes de feuilles mortes, ce dommage rentrant « dans les sujétions normales du voisinage, *lesquelles sont d'ailleurs compensées par les avantages résultant dudit voisinage* ». Mais au fond nous ne voyons pas très bien pourquoi l'usager d'un service public devrait supporter plus de sacrifices que le tiers : la responsabilité est basée sur le fait que le service a mal fonctionné, pourquoi lorsqu'il fonctionne mal la victime serait-elle plus mal traitée lorsqu'elle est un usager du service, c'est-à-dire précisément *lorsqu'elle réclame le fonctionnement du service* ?

En tout cas la distinction ne semble pas avoir une grande portée d'application. On a essayé, avons-nous dit, de lui en trouver une et qui est d'importance : c'est qu'en effet, depuis quelque temps, certains arrêts tendent à introduire en matière de responsabilité de travaux publics, le système du risque, même pour les dommages accidentels : dans l'affaire jugée le 25 janvier 1929 (S. 1929.III.81, *note de M. Bonnard*) le Conseil d'Etat déclare une compagnie de distribution électrique responsable de l'incendie provoqué par la chute d'un fil sur un bâtiment voisin alors qu'aucune faute n'était relevée à la charge de la compagnie. On a essayé d'expliquer cet arrêt en constatant précisément que la victime de l'accident n'était pas un usager, un client de la compagnie, mais un tiers.

A la vérité, cette explication paraît une construction forgée après coup ; il est très douteux que le Conseil ait entendu faire cette distinction c'est-à-dire conserver pour les usagers le système de la faute et introduire pour les tiers le système beaucoup plus avantageux du risque ; il semble plutôt qu'il ait suivi son commissaire du gouvernement dont l'argumentation n'est nullement fondée sur cette distinction¹.

1. M. Latournerie, commissaire du Gouvernement, se borne dans ses conclusions à déclarer que le régime de la responsabilité des Travaux publics est fondé sur l'idée du risque. La formule était certainement trop absolue au moins jusqu'à cet arrêt. M. Latournerie évoque plus loin l'idée de *risque exceptionnel*, ce qui permettrait de maintenir l'arrêt dans la tradition de la responsabilité pour faute (car on sait que ce système est élargi par la jurisprudence administrative dans le cas du *risque exceptionnel*) ; mais on ne voit pas très bien comment l'installation de fils électriques par une compagnie de distribution peut constituer un

S'il en fallait une preuve plus décisive, on la trouverait aisément dans un arrêt récent du Conseil d'Etat du 15 décembre 1932 (S. 1934.III.38); il s'agissait du dommage causé à un immeuble riverain d'une route par la chute d'un arbre; il n'est pas douteux qu'il y avait là *dommage accidentel* et dommage causé à un *usager* car le riverain des voies publiques a toujours été considéré comme un usager de la voirie¹; c'était donc, dans le point de vue que nous critiquons ici, le cas d'exiger une faute du service public : « Considérant, déclare le Conseil d'Etat, que le département de la Haute-Garonne est, *même en l'absence de toute faute relevée à sa charge*, responsable des dommages résultant pour les propriétaires voisins de l'existence de la voie publique dont ils sont riverains et *notamment des suites des accidents* causés par la chute des arbres plantés le long de ladite voie *laquelle est une propriété départementale*... qu'il n'apporte pas la preuve que le dommage causé... par la chute de l'ormeau... soit la conséquence d'un cas de *force majeure*... qu'il n'est pas dès lors fondé à demander la décharge de la condamnation... ».

Cette décision, contredite, il est vrai, par un autre arrêt de la même époque², (mais est-il nécessaire de faire remarquer une fois de plus que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne procède jamais par bonds?) montre bien que, si l'idée de risque pur tend à gagner le terrain des dommages accidentels, son extension ne paraît pas y trouver dans la distinction de l'usager et du tiers l'obstacle que l'on a cru voir. Mais à un autre titre, en soulignant dans une incidente que la route en question était *propriété départementale*, l'arrêt du 15 décembre 1932 nous semble présenter un autre intérêt et mériter, de ce chef, quelques réflexions :

risque exceptionnel; étant donné qu'un pareil service ne saurait fonctionner sans de semblables installations, le risque en question est le risque ordinaire du Service; ceci évoquerait plutôt l'idée civiliste de *chose dangereuse* mais c'est alors le risque pur qui revient.

1. V. à ce sujet les développements précités de M. Jèze sur la situation du riverain.

2. C. E. 5 mai 1933, *Lévy*, S. 1934.III.38.

Au fond ce qu'il faut dire c'est que la responsabilité de l'administration tend de plus en plus à se détacher de l'idée de faute, pour aller vers celle du risque pur.

Lorsqu'il s'agit d'*ouvrages publics* cette tendance nous paraît bien naturelle :

D'abord le système du risque trouve dans le droit public un terrain en général plus favorable que dans le droit privé; or, dans le droit privé, l'idée de risque est appliquée à la responsabilité du fait des choses; il n'est guère étonnant que la responsabilité de l'ouvrage public, qui est, en somme, la *responsabilité de l'administration du fait de sa chose*, s'oriente vers le même système.

Mais ce n'est pas tout : cette tendance à admettre plus largement la responsabilité objective lorsqu'il s'agit d'ouvrages publics nous paraît se rattacher, au moins dans une large mesure, à l'idée que nous allons soutenir dans la deuxième partie de cette thèse : *la propriété de l'administration sur la voirie*.

Sans doute le système du risque en droit public traduit-il l'idée d'*assurance collective*; mais si cette idée était vraiment la seule à la base du système, pourquoi ce système jouerait-il plus volontiers en matière d'ouvrage public ?

Sans doute aussi en droit civil discute-t-on de plus en plus l'idée de propriété comme fondement de la responsabilité du fait des choses; mais peut-on nier qu'elle y ait, au moins à une certaine époque, joué un rôle essentiel? Il serait bien imprudent de bâtir sur une idée unique tout un système aussi hardi et aussi délicat que celui de la responsabilité objective; on ne saurait raisonnablement contester que dans la responsabilité civile du fait des choses il y a l'idée d'une charge, d'une *contrepartie, pour le propriétaire des richesses, des avantages qu'il retire de sa chose*.

Or toute la deuxième partie de notre thèse aura précisément pour but de montrer que, de plus en plus, l'administration cherche et réussit à retirer pour son bénéfice les utilités économiques et financières que comporte son domaine en général

et la voirie en particulier. Que les profits croissants qu'elle retire ainsi de sa chose aient une contrepartie, c'est, après tout, logique : les progrès de la responsabilité objective du maître de l'ouvrage — qui est avant tout le *propriétaire de l'ouvrage*¹ — ne sont pas, à nos yeux, étrangers à cette contrepartie.

Conclusion

Cette première série d'interventions, l'*intervention administrative*, procède du *pouvoir de police* de l'administration, et les principes de ce pouvoir suffisent à expliquer son *évolution*.

Ces deux idées que nous avons essayé de dégager dans la première partie de notre thèse ne sont pas toujours adoptées sans réserve : on a pensé parfois que l'intervention administrative procédait du *droit de propriété* de l'administration. On a estimé, d'autre part, nous l'avons vu, que l'évolution de cette intervention ne se justifiait pas par les seuls principes de la police, qu'il fallait en chercher une explication dans le *caractère anormal* de l'utilisation réglementée. De ces deux points de vue le premier nous semble inutile, le deuxième inexact, dans les deux cas l'*idée de police* suffit seule à tout expliquer :

1° C'est, croyons-nous, le doyen Hauriou qui a surtout défendu cette idée que toutes les interventions des agents pu-

1. C'est bien, en effet, le propriétaire de l'ouvrage public qui est, dans le système du risque, responsable des dommages. On parle souvent du « *maître de l'ouvrage* », on pourrait aussi parler du *gardien* de l'ouvrage et établir ainsi entre la *garde* civile de la chose et la fameuse idée administrative de la « *garde et surintendance* » du domaine un rapprochement peut-être curieux. Tout cela n'empêche que c'est le *propriétaire* de l'ouvrage, en tant que propriétaire, qui est responsable : la jurisprudence le marque bien lorsqu'elle déclare responsable des dommages causés par l'ouvrage public la collectivité qui en est propriétaire *alors même qu'elle n'en a pas l'administration et qu'elle n'en dirige pas le service de construction et d'entretien* : C. E. 10 mai 1901, Préfet du Puy-de-Dôme, Lebon, p. 457, 11 décembre 1903, Mourre, p. 792, 8 août 1909, Lérinet, S. 1910. III.81, note Hauriou). Les communes sont responsables des dommages causés par les chemins vicinaux de grande communication, lesquels font partie de la voirie communale mais dont l'administration est confiée au département.

blics, même l'intervention administrative, procédaient de la *propriété*.

« Les droits de police, écrit cet auteur¹, sont également dans leur principe des facultés de la propriété, tout propriétaire a la police de son domaine, la meilleure preuve est qu'il peut instituer des gardes particuliers assermentés. »

Ce point de vue a pu avoir une valeur historique : c'est dans la propriété des choses publiques que les seigneurs et le souverain ont trouvé, au *moyen âge*, le fondement le plus solide d'une intervention sur leur domaine en vue d'assurer sa police.

Nous croyons également qu'il y a en effet une partie de l'intervention administrative qui doit être expliquée par la propriété, qui ne peut l'être que par elle : c'est celle que l'on appelle « *police de la conservation* », nous la retrouverons dans la deuxième partie.

Mais nous croyons aussi que, pour *tout le reste de l'intervention administrative*, la propriété est une explication inutile : l'action des agents administratifs s'explique très logiquement et très suffisamment soit par l'idée de compétence pour assurer la destination d'un bien affecté à un but d'intérêt public — soit par la notion générale de police : or il n'est pas possible de voir le principe de ces deux idées dans la propriété puisqu'elles peuvent jouer à l'égard de biens dont l'administration n'est pas propriétaire : soit à l'égard des propriétés privées — soit à l'égard des voies privées ouvertes au public (*C. E.*, 7 août 1906, *Cie des mines de Douchy*, p. 765).

2° Quant à la deuxième idée, celle qui juge nécessaire, pour expliquer l'évolution de l'intervention de police, d'introduire l'idée d'*usage anormal*, la première partie de notre thèse a eu pour but de montrer son inexactitude et son inutilité.

Ici encore les principes de la police ont suffi à expliquer l'évolution de l'intervention administrative comme ils suffisent à expliquer son *principe*.

1. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 644, note 1.

Cette évolution, en permettant d'étendre à l'usage commun des voies publiques un régime administratif de police comportant le procédé de l'autorisation préalable, entraîne à notre avis un résultat indiscutable : celui de rapprocher le régime juridique de l'*usage commun* et celui de l'*occupation privative*.

L'opposition de ces deux régimes était jusqu'ici catégorique; deux éléments la traduisaient : l'existence dans le cas d'occupation privative d'une *autorisation* et d'une *redevance*.

L'usage commun de la voirie peut maintenant comporter ces deux éléments¹.

Est-ce à dire qu'il n'y ait plus de différence entre le régime administratif et financier de l'usage commun et celui de l'occupation privative, qu'à ces deux points de vue au moins la distinction traditionnelle ait perdu son intérêt?

Pareille conclusion serait excessive : il reste encore cette différence que l'occupation privative est *toujours* assujettie à l'octroi d'une autorisation et au paiement d'une redevance : le caractère privatif suffit seul et suffit toujours à justifier ces deux éléments — au contraire l'usage commun ne peut être soumis à un régime de police que s'il présente un *caractère exceptionnel* dont il appartient au juge de découvrir l'existence — nous montrerons plus tard qu'il ne peut être de même soumis à un régime payant que s'il procure à l'usager un *avantage exceptionnel*.

C'est dire que le régime *autorisé* et *payant* reste pour l'occupation privative la *règle*, pour l'usage commun l'*exception*.

Ainsi, aussi bien dans leur évolution que dans leur fondement, les cas d'intervention que nous avons vus jusqu'ici s'expliquent juridiquement par l'idée de police. Mais, à

1. Nous montrerons dans la deuxième partie de notre thèse que le stationnement des automobiles assujetti à une redevance est bien une utilisation commune et non privative du domaine.

l'heure actuelle, ces cas ne constituent plus qu'une partie de l'intervention des agents publics à l'égard des usagers de la voirie; ce sont d'autres genres d'intervention que l'on va maintenant évoquer; pour les expliquer logiquement c'est à une autre idée qu'il va falloir faire appel.

DEUXIÈME PARTIE

L'intervention de l'Administration procédant de son droit de propriété sur la voirie.

De toutes les réactions que l'usage de l'automobile a provoquées dans le droit administratif, la plus importante est celle que nous voudrions exposer dans cette deuxième partie : l'automobilisme a fait apparaître clairement et a imposé ce point de vue que *l'administration intervient à l'égard de la voirie non seulement en vertu de ses pouvoirs de police mais aussi en vertu de ses droits de propriétaire*. C'est ce point de vue dont nous voulons montrer la nécessité; voici comment à notre sens cette nécessité est apparue :

I. — L'intervention administrative que nous avons étudiée est longtemps restée le seul type d'intervention à l'égard de la voirie. Cette exclusivité a tenu à une idée qui a gardé longtemps la valeur d'un dogme : l'administration n'exerce sur les voies publiques que *des pouvoirs de police*.

Le caractère même de ces pouvoirs ne permettait qu'une intervention purement *administrative*; il n'autorisait en particulier ni une intervention *financière* parce que le pouvoir de police n'a pas été organisé en vue d'un but financier, ni une intervention *économique* parce que le pouvoir de police n'a pas été organisé en vue d'un but de gestion.

Cette hostilité trouvait une arme précieuse dans le jeu d'une voie de droit bien connue : le recours pour *détournement de pouvoir*. Ce recours permettait notamment d'annuler les

deux formes essentielles de l'intervention financière et économique : la subordination de l'usage des voies au paiement d'une redevance ou à l'intérêt d'un service public.

Lorsque, par la force des choses, certaines de ces interventions s'imposèrent aux agents publics, se glissèrent dans la gestion de la voirie, on chercha naturellement des explications en dehors du pouvoir de l'administration sur le domaine : L'intervention financière fut rattachée directement à l'exercice du *pouvoir fiscal*;

L'intervention économique directement aux principes de l'*interventionnisme* ou aux règles de la *gestion contractuelle*.

Ainsi les pouvoirs que possède l'administration sur la voirie ne permettent ni une intervention financière, ni une intervention économique : la première ne peut être réalisée que par le procédé de l'impôt, la deuxième par le procédé du contrat.

Ces solutions découlent logiquement de l'exercice exclusif du pouvoir de police. Elles constituent pour la voirie le point de vue primitif.

II. — A ce point de vue a succédé un deuxième; l'évolution qui s'est produite au début du siècle dans la théorie de la domanialité a fait sentir que l'administration possédait et exerçait sur la voirie un *droit de propriété* parallèlement à son pouvoir de police : il a été possible de concevoir alors une intervention économique et financière en dehors de l'impôt ou du contrat parce qu'à la différence du pouvoir de police le droit de propriété peut être exercé dans un but financier ou économique.

Mais ce deuxième point de vue est longtemps resté limité : on a pensé en effet que l'administration ne pouvait pas toujours intervenir au titre de ses deux pouvoirs, qu'elle ne pouvait intervenir comme propriétaire qu'à l'égard de certains usagers et à cause du caractère même de leur usage : les particuliers qui font du domaine une *utilisation anormale*. A l'égard de l'usage commun et normal, l'intervention restait toujours cantonnée dans l'exercice du pouvoir de police,

III. — C'est l'objet même de notre deuxième partie de montrer que ce dernier point de vue doit être aujourd'hui dépassé : à condition que l'affectation de la voirie soit toujours respectée, l'administration intervient au titre de ses deux pouvoirs *quelle que soit la qualité de l'usager auquel elle s'adresse*.

C'est qu'en effet, à l'égard de l'usage commun, normal de la voirie, l'administration intervient maintenant sous des formes qui ne peuvent plus s'expliquer autrement. Ce sont les progrès réalisés par l'intervention financière et économique, progrès dûs au développement de la circulation automobile, qui font apparaître la nécessité de ce nouveau point de vue.

Ces deux interventions ont pris en effet un caractère et une extension tels que ni l'explication de l'impôt, ni celle du contrat, ni celle de l'interventionnisme ne sont maintenant suffisantes. Il nous a paru que cette explication ne pouvait plus se faire directement en faisant appel à ces principes d'intervention, qu'elle exigeait un chaînon intermédiaire, que ce chaînon devait être cherché dans les pouvoirs qui procèdent pour l'administration de sa situation à l'égard du domaine et spécialement de la voirie. Parmi ces pouvoirs, les possibilités explicatives que recèle la notion de police sont nettement insuffisantes. Seul le droit de *propriété* par le caractère financier et économique qu'il revêt de plus en plus dans les conceptions modernes pouvait tout expliquer.

Mais nous avons pensé qu'une fois admise pour fournir à certaines interventions une explication indispensable, l'idée de propriété pouvait être utilisée pour expliquer d'autres interventions que l'on justifiait déjà sans elle mais dont elle paraît fournir une explication à la fois plus complète et plus logique. Cette utilité s'est révélée en particulier pour un type d'intervention administrative que l'on rattachait jusqu'ici au pouvoir de police : l'intervention en vue de la *conservation de la voie*.

En résumé il existait jusqu'ici certains types d'intervention que l'on aurait pu expliquer par l'idée de propriété mais que

l'on expliquait autrement : soit par la police, soit par le pouvoir fiscal, soit par l'interventionnisme. L'automobile a provoqué des interventions que l'on ne peut plus expliquer que par la propriété. Cette idée, une fois admise, doit être généralisée partout où elle permet d'expliquer d'une façon plus logique l'intervention de l'Etat.

Nous allons, dans ce qui va suivre, décrire les points de vue successifs que l'on a admis pour la voirie, depuis le point de vue primitif jusqu'à celui qui nous semble commandé par les règles juridiques actuellement admises.

TITRE I

L'EXERCICE EXCLUSIF DES POUVOIRS DE POLICE A L'ÉGARD DE TOUTES LES UTILISATIONS DE LA VOIRIE.

Sur cette exclusivité des pouvoirs de police à l'égard des diverses utilisations de la voirie il y a lieu d'exposer les raisons pour lesquelles il y eut ainsi exclusivité des pouvoirs de police et les conséquences de cette exclusivité quant aux interventions financières ou économiques de l'administration.

CHAPITRE PREMIER

LES RAISONS DE L'EXCLUSIVITÉ DU POUVOIR DE POLICE

Jusqu'à la fin du xix^e siècle les pouvoirs que l'administration exerce sur la voirie sont rattachés uniquement à la catégorie de la police; l'administration n'est pas considérée comme propriétaire des voies publiques.

Ce point de vue tient à deux raisons profondes : la première est la survivance de cette idée de l'ancien régime que la voirie, vu son affectation, est une *res communis*; elle procède d'une conception ancienne et tenace, elle apporte avec elle toutes les convictions que l'ancien droit avait progressivement attachées à la notion de « chose publique ».

La deuxième raison est l'idée étroite que l'on se fait de la propriété; elle procède d'une conception neuve mais fortement assise, marquée des caractères que le code civil attribue à la propriété privée.

Ces deux raisons ont fait écarter, la deuxième pour tout le domaine public, la première pour certaines de ses dépendances, l'idée de propriété; il en est résulté une conception assez vague des pouvoirs de l'administration, le terme général de *police* évoque assez bien la nature de ces pouvoirs.

I. — *La non-appropriation des voies publiques.*

Ce sont les juristes de l'ancien régime qui pour des raisons essentiellement historiques et pratiques ont écarté pour la voirie le fait d'être objet de propriété. Ce point de vue était

pourtant la doctrine primitive, traditionnelle, officielle de la féodalité et de la monarchie française. On connaît cette doctrine : tous les biens qui font partie de ce que l'on peut appeler d'un terme général le domaine de l'Etat sont englobés dans le régime de la féodalité foncière ou dans le domaine de la couronne, propriété privative des seigneurs, propriété privée du souverain; les voies de communication ne font pas exception; pour elles le point de vue primitif est donc celui de la *propriété privée*.

L'histoire du domaine a toujours été dominée par le rôle capital joué par certaines dépendances : *les biens affectés à l'usage du public*. C'est pour ces biens, à cause de leur affectation et pour la faire respecter, que les juristes de l'ancien régime imaginèrent la catégorie des choses publiques, *res communes*, soustraites au domaine de la couronne et à son régime patrimonial. Ce régime avait pu suffire tant que la propriété était restée pour les seigneurs et le souverain le moyen indispensable d'assurer la police du domaine; lorsqu'elle devint un moyen de réaliser des profits financiers, il apparut clairement que le seul moyen d'assurer l'usage du public, de libérer les biens affectés à cet usage des entraves créées par des péages et des droits innombrables, était de les soustraire à la propriété du souverain. Au début du *xvii^e* siècle, les esprits étaient mûrs pour une théorie des « choses publiques ». Elle est surtout l'œuvre de trois hommes dans lesquels on a vu les précurseurs de la théorie moderne du Domaine public¹ : Loyseau, Domat, Lefevre de la Planche. Sans doute n'ont-ils pas réussi à donner à leur théorie des contours bien définis; peut-être est-ce la nouveauté de la matière, peut-être aussi le recours aux catégories du droit romain qui, au fond, répondaient assez mal à la notion nouvelle. En tout cas une chose est certaine : les biens affectés à l'usage de tous ne font pas partie du domaine de la couronne,

1. V. sur cette question et sur l'histoire du Domaine public à partir de cette époque R. PELLOUX, *La notion de Domianalité publique depuis la fin de l'Ancien Droit*, thèse Paris, 1932.

ils sont hors du commerce, probablement *res communes*¹; le souverain n'en est point propriétaire, il exerce seulement sur eux des droits de police². En soustrayant impérieusement les choses publiques et par conséquent la voirie au régime patrimonial du Domaine de la couronne, l'ancien régime créait déjà autour de la thèse de la non-propriété une atmosphère tenace de tradition historique.

On aurait pu croire que la Révolution allait imposer au contraire le point de vue de la propriété : en effet les choses affectées au public étaient réintégrées dans le Domaine; sans doute était-ce le Domaine de la Nation et non plus le Domaine de la couronne mais ce domaine nouveau restait un objet de propriété; la Révolution n'avait fait que lui assigner un nouveau propriétaire. C'est encore l'œuvre de la doctrine que d'avoir au cours du XIX^e siècle renoué la tradition des juristes de l'ancien Droit et écarté l'idée de propriété; mais leur théorie présente cette fois deux caractères nouveaux : le premier est que l'abandon de l'idée de propriété ne s'adresse plus spécialement aux biens affectés à l'usage de tous mais à l'ensemble de la catégorie nouvelle du domaine public. Le deuxième est que cet abandon a maintenant une raison nouvelle, qu'il s'appuie sur un argument nouveau : le caractère étroit de l'idée de propriété, rivée tout récemment à la notion quiritaire de la propriété romaine.

II. — *La conception étroite de la propriété.*

Au cours du XIX^e siècle les discussions sur la propriété du domaine public, si discussions il y a, car la thèse de la propriété est à peu près indéfendue, sont dominées par un pos-

1. Lefèvre de la Planche qualifie les choses publiques *res nullius*.

2. Pour Loyseau les « choses publiques sont incapables de seigneurie privée... le souverain en a la direction par sa souveraineté et les seigneurs par leur justice primitive » (*Des Seigneuries*, ch. III et IX).

Pour Domat « les grands chemins et choses publiques sont hors du commerce des particuliers... et les droits qu'y ont le public et les souverains sont d'une autre nature que ceux que donne la propriété ».

De même Lefèvre de la Planche (*Traité du Domaine*, liv. I et II art. I).

tulat : il n'existe qu'une sorte de propriété, *la propriété privée du code civil*. Il suffit pour s'en convaincre de lire les lignes suivantes, elles sont empruntées volontairement à un répertoire¹ c'est-à-dire à un ouvrage qui traduit les idées du moment ; si d'ailleurs le caractère même de la source ne suffisait à l'indiquer, la liste des juristes² que l'auteur cite à l'appui de sa thèse montrerait que les formules qu'il emploie et que la chaleur des convictions pousse parfois jusqu'au pléonasme sont moins l'opinion d'un théoricien que la doctrine d'une époque : « Dire que la propriété privée n'est point compatible avec le domaine public c'est affirmer aussi énergiquement que possible que l'Etat n'est point propriétaire de ce domaine. Il n'y a plus en effet aujourd'hui qu'une seule et unique forme de propriété, droit absolu et privatif qui rend une chose propre à celui qui la possède et la lui attribue à l'exclusion de tout autre (C. C., art. 544). *Toute propriété, qu'elle réside sur la tête de la nation ou sur celle d'un seul homme, est donc une propriété privée* c'est-à-dire privative. Or les dépendances du domaine public se reconnaissent à ce qu'elles ne sont point susceptibles d'un droit de cette nature, aucun doute n'est possible sur la véritable intention du législateur... »

Cette conception étroite de la propriété entraînait fatalement la négation de la propriété du domaine public ; s'il n'existe qu'un genre de propriété, la propriété privée, il est certain que celle-ci, avec les caractères dont la revêt le code civil est inapplicable au Domaine ; d'ailleurs l'article 538 ne parlait-il pas expressément des biens « insusceptibles de propriété privée » ? Il suffit de voir Ducrocq déclarer que cet article est « le siège de la matière » et de l'entendre ajouter que « l'idée de Domaine public est radicalement exclusive du droit de propriété, défini par le droit romain et par l'article 544 du code civil, réunion de l'*usus*, du *fructus* et de

1. Rep. BÉQUET 1892, v^o *Domaine*, p. 136 ; l'article est de De Récy ; il n'est d'ailleurs que la reproduction de son *Traité du Domaine public*.

2. Proudhon *Dom. pub.*, I, 201. Aubry et Rau, II, p. 38. Demolombe, *Dist. des biens*, I, 453. Ducrocq, *Des édifices publics*, p. 42 ; Dalloz, v^o *Domaine*, n^o 4.

l'*abusus* »¹ pour se rendre compte de l'influence que les textes mêmes du code civil ont exercée en la matière.

Même lorsqu'on ne fait pas appel directement à ces textes, c'est encore leurs définitions qui hantent les esprits ; si M. Berthelemy, qui s'est toujours défendu de raisonner par les textes du code civil, écarte l'idée de propriété pour le domaine public, n'est-ce pas « parce que la propriété est le droit de jouir et de disposer d'une chose de la manière la plus absolue² » ?

L'aboutissement de ces conceptions est, durant tout le xix^e siècle, l'abandon à peu près absolu de l'idée de propriété. S'il reste encore dans certains esprits quelques doutes à ce sujet³ ils sont définitivement écartés lorsqu'il s'agit spécialement du *domaine affecté au public* et en particulier de la *voirie* ; c'est une preuve de plus qu'au sein du domaine public il existe des dépendances pour lesquelles l'idée de propriété est plus énergiquement exclue aussi bien par des motifs de tradition doctrinale que pour des raisons de logique : au milieu du siècle, dans son rapport sur un projet de loi de 1842, Renouart affirme que « l'Etat est propriétaire du sol de son domaine... mais que lorsque l'objet de la propriété est une route, il doit avoir des droits fort étendus mais qui dérivent tous de sa qualité d'administrateur et non de sa qualité de propriétaire⁴ ».

Quelle est donc la nature du droit de l'administration sur la voirie et sur le domaine public en général ? A vrai dire elle paraît assez imprécise ; le domaine est resté longtemps conçu comme une catégorie assez vague et, comme on l'a dit « un peu mystérieuse » ; il suffit de lire les développements que lui

1. DUCROCQ. *Cours de droit administratif*, 1877, II. p. 87.

2. BERTHELEMY, *op. cit.* 11^e éd. p. 481.

3. Certains civilistes ont admis au cours du xix^e siècle la propriété de l'administration sur le domaine public. C'est le cas de Toulhier, de Duranton, de Delvincourt. Pour Toulhier la voirie fait partie des biens susceptibles de propriété privée mais hors du commerce. On peut y acquérir des droits réels. Cette conception correspond à la phase jurisprudentielle des aïssances de voirie-servitudes.

4. *Rep. Dalloz*, v^o *Voirie*, 1863, p. 210.

ont consacré des auteurs comme Laferrière ou Gaudry pour se rendre compte de cette imprécision : « Le droit de l'Etat sur le domaine public, dit le premier, s'exerce par un pouvoir d'administration, de surveillance, d'entretien, de police, de juridiction... ». Pour le second, il s'agit de « biens dont l'Etat a la détention au nom de tous et qu'il possède à titre de haute protection ».

Et cependant on ne peut encore se passer d'une qualification : il faudra arriver aux méthodes les plus modernes pour voir des auteurs comme Duguit ou comme M. Jèze se contenter de dire que les agents publics sont compétents pour faire tout ce qui est conforme à la destination du domaine ; à l'époque, on éprouve le besoin d'une étiquette.

Il semble que l'on ait surtout utilisé trois notions : la première est celle de la *souveraineté* opposée à la propriété ; la deuxième est celle de la *police* (Gerando) ; la troisième est celle de la garde et de la *surintendance* renouvelée des auteurs de l'ancien droit, en particulier de Loyseau, reprise par Ducrocq, illustrée enfin par les théories de M. Berthélemy.

Somme toute, ces notions peuvent aisément se ramener à celle de la police. L'accord se réalise au moins en fait pour affirmer sur la voirie et sur le domaine public en général, l'exclusivité du pouvoir de police.

CHAPITRE II

LES CONSÉQUENCES DE L'EXCLUSIVITÉ DU POUVOIR DE POLICE.

Cette période, si on peut l'appeler période de l'*exclusivité du pouvoir de police* lorsqu'on envisage le principe des règles, mérite lorsqu'on en observe les applications le nom de période du *détournement de pouvoir*.

Par ses caractères mêmes, par le but précis qu'il comporte le pouvoir de police est, en effet, de tous ceux exercés par les agents publics celui qui se prête le mieux au jeu du détournement de pouvoir. C'est en tout cas l'époque où, sur la voirie, la théorie du détournement de pouvoir s'enrichit de multiples applications. Les principales de ces applications se sont produites à l'occasion des tentatives de l'administration visant à poursuivre à l'occasion de l'usage de la voirie un *but financier* ou un *but économique*. Cependant la mise en jeu du pouvoir fiscal ou du pouvoir contractuel permet alors à l'administration d'échapper au reproche de détournement de pouvoir.

SECTION I. — L'INTERVENTION FINANCIÈRE.

L'administration ne peut pas trouver dans les pouvoirs de police qu'elle possède sur la voie le fondement d'une pareille intervention. Il n'est peut-être pas de but qui, plus que le but financier, répugne à la notion de police. Cette opposition de la police et de la fiscalité pourchassée sous des noms

divers : « domanialité », intérêt patrimonial, s'affirme sous trois aspects.

1° *L'entretien et la réparation.* — L'administration ne peut mettre l'*entretien* ou la *réparation* de la voie à la charge de l'usager. On a vu dans notre première partie cette idée s'exprimer sous la forme de l'irresponsabilité des usagers. On y a vu aussi les vicissitudes que subit actuellement ce principe ; il garde dans la période que nous étudions, toute sa force.

2° *Les mesures de conservation.* — L'administration ne peut régler l'usage des voies dans un but financier. Cette règle fixe une frontière au *pouvoir de conservation* : elle ouvre à côté des mesures de conservation toute une zone interdite : celle de la mesure financière.

Il y a en effet toute une catégorie de mesures qui visent à la protection du domaine mais que l'on n'englobe pas dans la proscription de l'intérêt domanial et patrimonial : ce sont les mesures de conservation de la voie. Elles sont à l'époque rattachées à la notion de police et justifiées ainsi par les pouvoirs de l'administration sur son domaine ; la notion de police ne comporte pas seulement, dit-on, le pouvoir d'assurer la liberté et la sécurité du passage sur les voies, c'est-à-dire la police du roulage ou de la circulation mais aussi le pouvoir de protéger la voirie contre les dégradations que causerait son usage même, ce qui est la police de la voirie ou de la conservation.

Seul le but de conservation est justifié par la police ; le but financier est interdit¹.

3° *Les redevances.* — L'administration ne peut subordonner l'utilisation de la voirie au *paiement d'une redevance*.

Il est à l'ordre du jour de constater les progrès que réalise l'exploitation du domaine public ; de plus en plus, affirme-t-on, l'administration tire des revenus de la voirie, retire de son

1. *Royer*. D. P. 93.III.53 : Un maire ne peut limiter la circulation dans une rue pour diminuer les frais d'entretien.

domaine public les utilités financières qu'il comporte. Cette exploitation de la voirie est longtemps restée interdite : le point de vue primitif en exclut la possibilité.

A la vérité, cette exploitation ne revêt pas toujours le même aspect et l'obstacle qui s'y oppose n'est pas toujours de même nature.

1. Il y a d'abord les revenus que procure directement le domaine en dehors de son utilisation par les particuliers : l'Etat peut-il retirer de son domaine les fruits et les produits naturels ?

Ce pouvoir semble des plus légitimes et cependant on a hésité à le justifier, mais la raison en est moins dans la nature des compétences exercées sur la voirie que dans la *nature du domaine lui-même* : le domaine public est, dit-on, *improductif*. Cette idée, assez forte pour que certains aient fait de l'improductivité le critère même de la domanialité publique¹, a trouvé un aliment nouveau dans cette conception si tenace, héritée du droit romain, entretenue sous l'ancien Droit par les théoriciens des « choses publiques », reprise par la doctrine du XIX^e siècle et qui voit dans le domaine public un ensemble de biens différant naturellement, par leur nature même, des propriétés privées². La voirie est stérile par sa nature même³.

En opposant cependant le domaine lui-même et ses accessoires⁴, par une distinction qui rappelle celle de l'ancien régime entre le domaine et ses droits utiles, on justifiait en doctrine pour le produit et les fruits une perception qu'imposait le bon sens et que la jurisprudence n'avait pas tardé à autoriser⁵.

1. Déjà sous l'ancien régime Domat oppose le domaine du souverain, productif de revenus, aux choses publiques, non susceptibles de revenus.

Au XIX^e siècle Gérando exclut du domaine public les édifices affectés aux services parce qu'ils fournissent un revenu en évitant une dépense au Trésor.

2. Cette conception est, on le sait, celle qu'ont développée notamment à l'époque moderne Ducrocq et M. Berthelemy, le premier en la rattachant surtout à l'art. 638 du Code civil, le second en la dégagant rationnellement en dehors des textes.

3. Cette idée de la *stérilité* du domaine est celle d'un grand nombre d'auteurs du XIX^e siècle : c'est notamment celle de Laferrière. Cons. sur ce point : Pelloux, *op. cit.*, p. 149 à 152.

4. BERTHELEMY, *Traité de droit administratif*, 11^e éd., p. 483.

5. C. E. 24 févr. 1911, Jacquemin, S. 1912.III.73.

2. Mais il restait un cas où la perception de revenus demeurerait interdite : lorsqu'il s'agissait de subordonner l'utilisation au *paiement d'un droit*; il est vrai qu'il se dressait ici un obstacle tenant non plus à la nature du domaine et à sa stérilité mais au caractère même des compétences exercées par l'administration:

Ce principe est logique et simple : l'utilisation ne peut être subordonnée au paiement d'une redevance que lorsque cette redevance peut être justifiée en dehors des droits de l'administration sur son domaine.

La règle n'a jamais soulevé de difficulté pour l'*usage commun* si l'exercice du pouvoir fiscal a permis jusqu'en 1880 la perception de péages rattachés au procédé de l'impôt — si les règles des conventions synallagmatiques ont toujours autorisé l'administration à exiger par le procédé du contrat, des redevances de ses concessionnaires usagers de la voirie¹, l'administration ne peut jamais imposer de plein droit aux usagers communs une condition financière.

La question était beaucoup plus délicate pour les *occupants privés*. Ici en effet la redevance a toujours paru se justifier du point de vue de l'usager, bénéficiaire d'un privilège exceptionnel, favorisé par rapport au public. Du point de vue de l'administration qui autorise, l'exercice exclusif du pouvoir policier interdisait ici encore la condition financière; qu'il s'agisse d'une occupation normale ou anormale, avec ou sans emprise, l'autorisation est un acte de police parce que tous les actes des agents publics sur la voirie sont des actes de police. Subordonner l'accomplissement de cet acte au paiement d'un droit c'est encore exercer le pouvoir de police dans un but financier.

Ce point de vue était si bien dans la logique des idées que la doctrine, la pratique, la jurisprudence s'accordaient à l'adopter.

1. V. *Rép. BÉQUET. Voiture*, p. 481 : Les traités passés par la Ville de Paris et ses concessionnaires de transport ont toujours comporté des redevances et des clauses de participation aux bénéfices.

La police, disait-on, ne saurait être vendue. Ce qu'elle peut autoriser, rien ne lui permet de le faire payer¹. Cette opinion a jusqu'en 1872 impressionné la pratique administrative. L'administration de la marine se considérait comme sans droit à l'effet de percevoir des redevances en retour des autorisations qu'elle accordait d'occuper les rivages de la mer².

Enfin la jurisprudence sanctionnait ce point de vue. En annulant des contraintes exercées contre des concessionnaires de cabines de bain sur les plages³, elle affirmait que les pouvoirs que l'administration exerce sur la voirie ne peuvent lui permettre une intervention financière. Seul le procédé du contrat ou celui de l'impôt pouvaient le permettre.

De fait, lorsque la loi autorisa l'administration à subordonner les utilisations privatives au paiement de redevances, c'est à l'*exercice du pouvoir fiscal* que cette intervention fut rattachée. La loi de finances du 20 décembre 1872 leva les scrupules du ministère des finances.

Pour les occupations de la voirie la loi autorisait depuis longtemps la perception des redevances au profit des administrations municipales⁴ : mais c'est seulement parce qu'il existait un texte et dans les limites de ce texte que l'administration pouvait intervenir dans un but financier.

1. BERTHÉLEMY, *op. cit.* p. 480. « Une tolérance de l'administration chargée de la police ne saurait légalement être vendue. Il est interdit de chasser en temps prohibé. Concevrait-on que l'administration levât l'interdiction moyennant finances ? Il est interdit de circuler la nuit en voiture sans lanterne. Pourrait-il être admis qu'en payant une redevance on s'affranchit de cette interdiction ? » cf. De RECY (*Béquet*, V^o *Domaine*, n^o 1071).

2. Il faut dire qu'en percevant des redevances depuis 1866, l'administration des Domaines et celle des Ponts-et-chaussées se montraient sur ce chapitre moins scrupuleuses.

Cons. sur ce point BÉQUET, V^o *Domaine*, n^o 1072.

3. *Poitiers* 26 nov. 1867. *Moinet contre direction générale des domaines*, Cass. 21 août 1866 et 7 juillet 1869.

4. *Loi du 11 frimaire an VII* art. 7, § 3.

Loi du 18 juillet 1837, art. 31, § 7.

Loi du 5 avril 1884, art. 68, § 7 et art. 133 : Cette loi énumère parmi les recettes du budget communal le « produit des permis de stationnement et de location sur la voie publique. »

SECTION II. — L'INTERVENTION ÉCONOMIQUE.

Le point de vue primitivement admis pour la voirie écarte la possibilité d'une intervention économique comme il écarte celle d'une intervention financière. Le pouvoir de police est exclusif de la gestion économique. Les réactions que l'intervention des agents publics provoque dans l'activité économique manifestée sur la voirie ne peuvent être que des réflexes, que des *résultats indirects* de l'intervention de police; ils n'en peuvent pas constituer le *but*.

L'intervention économique se réalise sous trois formes :

1° L'administration peut d'abord organiser sur les voies publiques des *services publics à caractère économique*;

2° Elle peut imposer aux particuliers qui utilisent les voies des *conditions dans un but économique*;

3° Enfin elle peut chercher à *protéger ses services publics* usagers de la voirie contre la concurrence économique, en particulier en subordonnant l'utilisation de la voie à l'intérêt de ces services.

Dans le point de vue primitif aucune de ces interventions n'est possible si ce n'est comme le résultat indirect d'actes accomplis dans un but et pour des motifs de police. Cette règle se manifeste à l'occasion de l'usage des voies publiques par les entreprises de transport.

§ I. L'organisation de services publics de transport en commun.

Ces règles sont dominées en ce qui concerne l'intervention des administrations locales par un principe bien connu : les administrations locales (départements et communes) ne peuvent pas organiser des services publics à caractère économique. Sans doute ce principe déborde-t-il l'utilisation de la voirie. Il n'en offre pas moins un intérêt spécial : d'abord il traduit une règle générale de non-intervention économique que renforce ici la nature exclusive des compétences exercées

sur le domaine — ensuite en permettant à la notion de police de lui apporter ici une exception il souligne de nouveau le caractère de ces compétences.

On connaît les règles traditionnelles que le Conseil d'Etat impose aux administrations locales pour la création de services publics industriels et commerciaux.

En principe ces services ne peuvent pas être organisés à cause de leur caractère économique, parce qu'ils interviennent dans le jeu de la concurrence, qu'ils faussent ainsi le principe de la libre concurrence et celui de la liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agit donc essentiellement d'un principe de non-intervention en matière économique. Ce principe est, dans la période que nous étudions, appliqué par le Conseil d'Etat aux services publics de transport¹ organisés par les collectivités locales. Cette application met bien en lumière cette idée que, si l'administration ne doit pas en général intervenir dans la vie économique par le procédé du service public, — la nature spéciale des compétences qu'elle exerce sur la voirie, loin de modifier le principe, ne fait ici que le renforcer.

Ce principe de non-intervention a toujours comporté plusieurs exceptions :

1. L'administration peut dans un but d'intérêt général créer un service public commercial ou industriel lorsque des « circonstances spéciales de temps et de lieu » révèlent une *défaillance* ou une *insuffisance* de l'initiative privée².

2. Mais c'est surtout la deuxième catégorie d'exceptions qui est intéressante car elle est ici justifiée également par la nature du pouvoir de l'Administration sur la voirie : On

1. BÉQUET, V^e *Voiture*, p. 481.

« Traités des villes avec les compagnies d'omnibus.

» Controverse en ce qui concerne le socialisme municipal et l'institution de services publics municipaux. Selon la théorie la plus généralement admise — aussi bien par la jurisprudence du Conseil d'Etat que par la doctrine — il n'appartient pas au Conseil municipal de créer ou de subventionner des services industriels ou commerciaux. »

2. *Id.* «... Mais ceux qui professent cette doctrine admettent une double exception :... 2^o S'il s'agit d'un service d'utilité générale incontestable et pour lequel l'industrie privée est hors d'état de pourvoir d'une manière suffisante aux besoins du consommateur. »

admet que les administrations locales peuvent organiser des services publics économiques lorsque cette organisation suppose une *occupation du domaine* ou qu'elle est justifiée par les *besoins de la police*.

La période que nous étudions en offre des exemples frappants : l'administration peut organiser des *transports par le rail* parce qu'ils supposent une occupation privative de la voirie — les municipalités sont reconnues aptes à créer en ville des services publics d'omnibus parce que les difficultés de la circulation s'opposent à la multiplication des entreprises¹.

En somme, toute cette deuxième série d'exceptions peut rentrer dans la notion, assez large à l'époque, de la *police* : ici police de la circulation, là police de la voirie c'est toujours l'exercice du pouvoir de police qui justifie toute intervention de l'administration sur la voirie. L'administration ne peut créer de services usagers de la voirie que pour des motifs ou dans un but de police. Ici déjà l'intervention dans le domaine économique n'est justifiée que comme un résultat indirect d'une activité de police. Seul est correct le « *service public de police* ».

§ II. Les interventions à l'égard des entreprises privées.

Le principe qui commande ces règles est simple : cette intervention ne doit pas avoir un but économique. Elle ne peut pas tendre à diriger l'entreprise privée vers un pareil

1. BÉQUET, *id.* : « 1^{re} exception : Si l'industrie en cause est, par sa nature même de celles qui ne peuvent s'exercer sans autorisation... et nécessitent des travaux sur la voie publique avec une emprise permanente et une appropriation spéciale. »

Cette exception s'est traduite depuis très longtemps dans toutes les grandes villes par l'organisation des services publics d'omnibus : A Paris en 1828 est créée l'« *Entreprise générale des omnibus* ». En 1854 c'est la *Compagnie générale des omnibus* (C. G. O.) à laquelle la Ville de Paris concède pour 30 ans le droit exclusif de stationnement.

Sur l'organisation et l'évolution de ces entreprises, v. BÉQUET, *art. cité*, et aussi Conclusions de M. Gauvain dans l'affaire Ponthas, précitée : on y trouvera sur la situation jusqu'à 1888 des renseignements détaillés et pittoresques.

Ces entreprises d'omnibus constituent indiscutablement des services publics : Elles en portent les signes certains : Stipulations en faveur du public, titre exclusif, clauses de participation aux bénéfices.

but, en particulier à lui imposer des *conditions dans l'intérêt du public*. Une pareille intervention est du ressort de la *gestion contractuelle*, elle peut être envisagée dans la *concession* mais en dehors du procédé du contrat le procédé de la *police* est impuissant : la police est antinomique de la gestion comme elle est antinomique de la fiscalité.

L'intervention de l'administration est de ce point de vue fixée sur deux règles :

Cette intervention doit rester *réglementaire par voie générale* : l'autorisation ne peut être subordonnée à des conditions individuelles, la situation de l'usager doit rester objective¹.

L'intervention doit rester *de police* : la jurisprudence valide et valide seulement des conditions imposées dans l'intérêt de la circulation ou de la voirie et qui demeurent ainsi des conditions de police². Sans doute admet-on déjà certaines sujétions qui intéressent le public mais c'est à la police qu'on les rattache : le tarif obligatoire est jugé nécessaire pour éviter que le débat du prix ne trouble l'ordre de la rue³. En tout cas sont illégales les conditions qui touchent uniquement aux intérêts du public, au fonctionnement économique de l'entreprise : l'assurance obligatoire, la nécessité d'être en service seront des signes des temps modernes : de semblables conditions enrichissent à l'époque la jurisprudence du détournement de pouvoir⁴.

1. D. P. 93.III.52 : L'administration ne peut imposer des conditions individuelles alors qu'elles n'ont pas été imposées aux autres entreprises faisant le même service.

2. Condition d'âge, de capacité, de diplômes : 27 février 1903, D. P. 1905.I. 437.

3. Cass., 22 juillet 1865, D. 65-1.499. C. E., 24 févr. 99, Lebon, p. 155.

4. Crim. 27 fév. 1875, Sylva, D. P. 1876.I.284 : « Considérant que l'arrêté ne se borne pas à édicter telle et telle mesure à l'effet de prévenir des accidents mais qu'il impose aux détenteurs des voitures de place l'obligation de se tenir pour un prix arbitrairement fixé... à la disposition de tout voyageur qui en fera la réquisition... Qu'une pareille mesure ne se rattache par aucun lien nécessaire à la sécurité générale, que l'administration se substitue ainsi aux conventions de parties et qu'elle porte atteinte à l'exercice d'une industrie... »

De même : C. E., 25 février 1864, D. P. 64.III.26 ; Déclare non obligatoires des prescriptions édictées dans un intérêt autre qu'un intérêt de police.

Il faut signaler cependant, peut-être comme une curiosité, à tout le moins comme une hardiesse, une décision de la Cour de cassation du 25 août 1864 qui reconnaît légale l'obligation imposée à un entrepreneur de desservir tous les trains à l'arrivée comme au départ¹. Cette décision tranche violemment avec l'arrêt, d'ailleurs postérieur, que nous citons en note, il ne faut pas s'étonner qu'elle effarouche un peu son annotateur, certainement en avance sur son temps, sa formule est déjà celle par laquelle de tout récents arrêts du Conseil d'Etat affirmeront le pouvoir des administrateurs de diriger économiquement les initiatives privées.

Enfin il y avait déjà à l'exclusivité de la police une autre brèche mais des plus étroites : la jurisprudence tire du vieil adage « monopole oblige » cette règle que l'autorité administrative peut imposer des conditions particulières et dans l'intérêt du public non seulement au concessionnaire à titre exclusif² ce qui peut s'expliquer par le contrat, mais même aux entrepreneurs qui du fait de la limitation de la concurrence bénéficient d'un *monopole de fait*³.

Quoi qu'il en soit de ces indices nouveaux que l'on verra se préciser et s'élargir plus tard, la *direction économique* reste encore, comme l'exploitation financière, étrangère au régime de la voirie.

1. D. P. 65.148 : « Les conditions imposées aux entrepreneurs de voitures publiques sont légales dès lors qu'elles ont pour but *le service public et l'exploitation prise à un point de vue général*. » L'expression est, on le voit des plus larges et les termes mêmes de service public sont singulièrement révélateurs, prononcés trois quarts de siècle avant l'époque où le développement des transports automobiles fait en général claironner le caractère de service public de toutes les entreprises de transport.

2. Cass. crim., 18 nov. 1890, Cie des omnibus, D. P. 1891. I. 383.

3. BÉQUET, v^o *Voirie*, p. 221 : « Si le particulier se propose d'établir sur le domaine public des ouvrages destinés à un usage collectif pour en faire commerce l'administration pourra fixer les conditions de l'exploitation : généralité du service, qualité des prestations, fixations des prix. Raison : impossibilité de superposer les autorisations en grand nombre d'où monopole de fait... »

§ III. La protection des services publics contre la concurrence d'entreprises privées.

I. *Le principe.* — Que ce soit l'application scrupuleuse de cette « aide et protection » que les pouvoirs publics doivent à leurs services, ou le désir moins désintéressé de ménager les finances engagées de façons diverses, les administrations ont toujours cherché à protéger leurs services publics contre la concurrence.

Lorsque le service public est un usager de la voirie, lorsque les concurrents sont eux aussi des usagers de la voirie cette *protection* peut-elle être réalisée ? L'administration peut-elle *favoriser* son service ?

Peut-elle *limiter la concurrence* qui lui est faite ?

Peut-elle *éliminer cette concurrence* en accordant à son concessionnaire un *titre exclusif* ?

La théorie traditionnelle répond négativement à toutes ces questions. Le pouvoir de police, seul pouvoir que possède l'administration à l'égard des usagers du domaine, ne peut être utilisé pour intervenir dans la concurrence et y protéger un concurrent, que ce concurrent soit un particulier ou un service public. L'intervention dans la concurrence économique ne peut être que le résultat indirect de mesures prises dans un *but de police*. Le Conseil d'Etat proclame que « seul l'intérêt de la circulation peut justifier des mesures portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » (9 août 1889, *Ribbon, D. P.*, 1891, III.30).

II. *Mesures de protection du service.* — Ce principe entraîne d'abord l'illégalité de toute mesure par laquelle l'administration cherche à *favoriser* son concessionnaire ; le Conseil d'Etat a jugé que le préfet de police, lorsqu'il répartit entre les voitures publiques les emplacements occupés dans la cour d'une gare ne peut ménager les meilleurs emplacements aux services publics de la ville ; il sera curieux de voir la haute assemblée résoudre en sens inverse en 1932 la même

question : à l'époque, l'attribution de places de faveur ne peut être que le résultat indirect d'une répartition inspirée de motifs de police¹.

III. *Engagement de l'administration d'écarter la concurrence.* — Mais la protection du service public se manifeste surtout sous une autre forme où elle pose des problèmes plus délicats : L'administration accorde à ses concessionnaires usagers du domaine un *titre exclusif*, elle s'engage à empêcher les particuliers de les concurrencer, à *subordonner ainsi l'utilisation du domaine à l'intérêt du service public*.

Un pareil engagement est-il *juridiquement possible*?

D'autre part quels sont ses *effets*?

A) *Règles générales.* — Il est nécessaire de rappeler les principes généraux qui dominent ces deux questions, car ce sont ces principes qui permettent de saisir la portée des solutions admises en notre matière. Ces questions se posent en général pour les services publics organisés par les communes.

1^o La première n'a jamais fait de difficulté sérieuse. On considère qu'une commune peut toujours concéder un service à *titre exclusif*, s'engager ainsi pour l'avenir envers son concessionnaire ; cette solution est impliquée par l'article 115 de la loi municipale qui place dans les attributions du conseil municipal la « concession à titre exclusif des grands services municipaux ».

2^o La deuxième question est beaucoup plus délicate. Quel est l'*effet* d'un pareil engagement ?

Il y a d'abord un premier effet qui n'est pas douteux : la commune ne peut traiter de nouveau avec des concurrents, accorder de nouvelles concessions.

Mais peut-elle, et c'est la grosse question, empêcher les particuliers de concurrencer le concessionnaire, de se livrer à la même activité que lui ?

1. C. E., 20 mars 1885, D. P. 86.III.117.

a) Une interdiction générale de toute concurrence privée constitue une limitation à la liberté individuelle; seul, en France, le Parlement peut la prononcer, c'est dire qu'elle suppose un *monopole de droit*.

b) Mais l'activité des particuliers est soumise à une intervention administrative; l'administration peut, dans certains cas, intervenir pour accorder certaines permissions, certaines autorisations. En exerçant son intervention dans le sens du contrat qu'elle a conclu, en refusant individuellement d'autoriser, l'administration « réalise » le monopole accordé; ce monopole est dit *monopole de fait*. A quelle condition sa réalisation est-elle liée?

Tout le système repose sur un point essentiel : c'est dans le *caractère juridique des autorisations* que réside la possibilité de réaliser le monopole; l'engagement ne produit aucun effet sur ce caractère; ce n'est pas parce que l'administration s'est engagée par un contrat qu'elle pourra refuser des autorisations, c'est parce qu'elle peut et dans la mesure où elle peut refuser ces autorisations que le contrat peut être exécuté, que le monopole est réalisable.

Or les autorisations auxquelles peuvent être soumises les activités des particuliers ont des caractères juridiques très divers : dans certains cas l'administration a, pour intervenir, un pouvoir très large en ce qui concerne le but de son intervention, elle n'est pas liée à un but précis, elle est seulement tenue de se décider par des considérations d'*intérêt général*; son intervention peut alors avoir pour but la réalisation du traité car il s'agit de la protection d'un service public c'est-à-dire d'un but d'intérêt général. L'administration est alors tenue d'intervenir dans le sens du contrat, de refuser d'autoriser les activités concurrentes; si elle ne le fait pas, elle viole son engagement, elle engage sa responsabilité contractuelle.

Mais dans d'autres cas l'activité des particuliers est soumise à des autorisations qui ont un caractère tout différent; ces autorisations ne peuvent être refusées que pour des *motifs et dans un but précis*, c'est le cas lorsque ces autorisations se

rattachent au *pouvoir de police* de l'administration, les agents publics ne peuvent intervenir qu'en vue d'un but de police, leur intervention ne peut avoir pour but la réalisation d'un engagement contractuel parce que le caractère juridique de cette intervention ne dépend pas de cet engagement, c'est la réalisation de eet engagement qui dépend du caractère de l'intervention. L'administration ne peut pas agir en vue de réaliser le monopole, si un concurrent se présente et sollicite une autorisation l'administration ne peut pas refuser l'autorisation en vue de protéger son concessionnaire tout au plus engage-t-elle à l'égard de celui-ci sa responsabilité mais la responsabilité a ici un fondement particulier : ce n'est pas la *responsabilité contractuelle* pour violation d'un engagement, c'est une *responsabilité quasi-délictuelle* basée sur le dommage causé au concessionnaire.

c) Cependant le monopole de fait peut encore être réalisé : il peut se faire en effet que l'exercice correct de ses compétences amène l'administration à agir dans le sens favorable au concessionnaire, que pour des motifs et dans un but corrects elle soit amenée à refuser des autorisations. Il se trouve alors qu'en fait le monopole est réalisé; mais il l'est d'une manière indirecte, comme un *résultat*, un *réflexe*, le concessionnaire bénéficie seulement de certaines mesures, il en bénéficierait de même et tout aussi bien si l'administration ne s'était engagée à rien à son égard : lorsqu'une commune organise un service de tramways, le concessionnaire, même s'il ne reçoit pas un titre exclusif est aussi bien protégé parce qu'il est impossible en fait dans l'intérêt de la circulation de laisser s'établir plusieurs entreprises semblables sur les mêmes voies. Le monopole est dit dans ce cas « *de pur fait* », il est dit encore « *précaire* » parce que la protection résulte de circonstances qui peuvent changer, obliger l'administration à intervenir dans un autre sens, le monopole est à la merci de ce changement.

B) *Application de ces règles en matière de transports publics.*

— Ces principes trouvent depuis plus d'un siècle leur appli-

tation en matière de *transports publics*; cette application permet de saisir à merveille l'état du droit et son évolution.

On a vu en effet que l'utilisation de la voie par ces entreprises donne lieu à des *autorisations* : autorisation de stationner, et depuis le milieu du *xix^e* siècle, autorisation du fonctionnement même des entreprises, au moins dans les agglomérations.

L'administration peut-elle concéder des services de transport à *titre exclusif*? Peut-elle utiliser son pouvoir d'intervention en vue de *réaliser* un pareil engagement?

Ces questions ont permis d'affirmer une fois de plus l'exclusivité sur la voirie des pouvoirs de police. Les autorisations que l'on rencontre ici ne peuvent être refusées que dans un *but de police*; elles ne sauraient permettre de subordonner l'utilisation de la voirie à l'*intérêt d'un service public* et à la *réalisation d'un contrat*.

Ainsi il est d'abord admis que les communes peuvent accorder à leurs concessionnaires de transport « le monopole du stationnement » en ville¹.

Mais quel est l'effet d'un pareil engagement? Comment juridiquement va se réaliser le monopole?

C'est ici qu'apparaît l'exclusivité du pouvoir de police et le jeu du détournement de pouvoir :

Un premier principe est certain : l'administration ne peut pas prendre de mesures ayant pour but la réalisation du monopole; ainsi le monopole accordé est un monopole *irréalisable directement*. Toutes les mesures prises doivent avoir un but de police : elles ne peuvent donc pas viser à protéger un concessionnaire, à réaliser un contrat.

Le Conseil d'Etat a affirmé cette doctrine au milieu du *xix^e* siècle dans deux arrêts célèbres : Bouchardon² et Lesbats³;

1. La légalité de la concession à titre exclusif du droit de stationner a été à maintes reprises consacrée par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. V. notamment pour la ville de Marseille : *Cass. crim.*, 14 nov. 1868, *Rouv.*, D. P. 1869.I.382.

2. *Bouchardon*, 2 août 1870, D. P. 1872.III.27.

3. *Lesbats*, 25 fév. 1864, D. P. 1864.III.25.

il y a proclamé que le refus d'autoriser une entreprise ne pouvait avoir pour but « d'assurer l'exécution de traités » accordant un privilège à une compagnie¹.

Le seul résultat du titre exclusif est peut-être pour le concessionnaire le droit à des dommages-intérêts si le monopole n'est pas réalisé par la suite.

Par contre l'administration peut toujours pour des *motifs de police* refuser d'autoriser et limiter ainsi le nombre des entreprises; cette limitation peut aller jusqu'à ne laisser circuler qu'une entreprise si les besoins de la police l'exigent² : dès lors si cette entreprise est précisément celle du concessionnaire le monopole est réalisé juridiquement; il l'est d'une façon indirecte, comme un réflexe d'une intervention de police. C'est le *monopole de police*.

La réalisation de ce monopole est toujours possible pour les *transports par le rail* : les nécessités de la police justifient toujours en fait le refus d'accorder d'autres permissions.

Elle est possible pour les *voitures publiques* lorsque la protection du concessionnaire est justifiée en fait par des motifs de police. C'est généralement le cas dans les *agglomérations*.

Cette théorie du monopole de police s'est exprimée à la fin du *xix^e* siècle dans des affaires fameuses à la suite de la concession exclusive accordée en 1860 par la ville de Paris à la Compagnie générale des omnibus³.

1. Il s'agissait dans ces deux affaires d'interdictions adressées à des entrepreneurs en vue de réaliser des concessions accordées à titre exclusif. Dans l'affaire Bouchardon la Cour de cassation avait déclaré la mesure régulière l'arrêté ne lui paraissant pas « avoir été pris dans un intérêt particulier et étranger à la sûreté et à la liberté du passage... » L'attitude de la Cour ne diffère pas de celle du Conseil mais celui-ci, moins timide, pousse plus loin la recherche du but et découvre le but économique là où la Cour ne voit qu'un but de police.

Bouchardon C. E. : « Considérant que les arrêtés attaqués ont eu pour but unique d'assurer l'exécution de deux traités concédant à la compagnie lyonnaise le droit exclusif de faire stationner... »

Lesbais : « Considérant que si le préfet a le droit de régler l'entrée, le stationnement des voitures publiques dans les cours des gares, cette attribution ne doit être exercée que dans un intérêt de police et de service public »

2. Cass. crim., 31 mai 1856. Grangier, D. P. 1856.1.370 : « Arrêté interdisant à tout entrepreneur autre que le concessionnaire de s'arrêter en quelque partie que ce soit de la voie publique pour prendre ou déposer des voyageurs. »

3. Cassation : Marceau, 1^{er} août 1884; Cotty, 15 juillet 1889, D. P. 1890.I.85. Conseil d'Etat : Ponthas, 7 déc. 1888, D. P. 1890.III.9 (Concl. Gauvain). Le

Elle procède d'une technique juridique des plus logiques. On a parfois cependant, mais à tort, voulu voir entre ces derniers arrêts et les arrêts Lesbats et Bouchardon une opposition tenant aux idées qui auraient été en honneur aux deux époques : *libéralisme économique* dans un cas, *interventionnisme et socialisme d'Etat* dans l'autre¹. Cette opinion montre bien que lorsque l'intervention a paru revêtir un caractère économique on a toujours cherché à la rattacher en dehors des droits sur le domaine, dans les principes de l'interventionnisme.

En résumé pas plus que l'intervention financière, l'intervention économique ne peut être réalisée par les pouvoirs que l'administration exerce sur la voirie. Elle ne peut l'être que par le procédé du *contrat* ou par celui du *monopole de droit*. La police répugne à la gestion. Seuls sont possibles le *service public de police*, la *réglementation de police*, le *monopole de police*. L'intervention économique n'est réalisable que comme un *réflexe de l'intervention policière*.

SECTION III. — LE RÉGIME DES PERMISSIONS DE VOIRIE.

Dans la période dont nous nous occupons l'exclusivité des pouvoirs de police a un caractère absolu puisqu'elle tient à la nature même des droits exercés sur la voirie. Il s'ensuit

18 juin 1860 la Ville de Paris accorde à la Compagnie générale la concession exclusive des transports en commun à Paris. Le 6 mai 1851 le préfet de police avait, par arrêté, interdit à toute entreprise autre que le concessionnaire le droit de stationner dans la ville. Dans les trois affaires citées des entrepreneurs avaient contrevenu à l'arrêté : la compagnie les attaquait en concurrence déloyale et illicite. La jurisprudence des deux juridictions est concordante. La compagnie alléguait les « droits qu'elle tient de la concession ». Le juge ne reprend jamais ces termes : dans le système de l'époque le concessionnaire ne tient pas précisément de la concession le droit d'être protégé. Mais les arrêts constatent tous que l'arrêté du préfet de police a été pris « dans l'intérêt de l'ordre et de la sécurité publique » (Cotty) ou encore « en vue de pourvoir à un intérêt général » (Marceau), ce qui est moins précis — ou encore « dans l'intérêt du bon ordre de la circulation et de la sécurité publiques » (C. E. Ponthas).

Dans tous les cas le monopole est réalisé *par des procédés de police* mais exercés dans un *but de police* et entraînant comme *résultat un effet économique*.

¹ RÉP. BÉQUET, *v^o Voitures*, p. 473, n^o 138.

qu'elle apparaît à l'égard de tous les usagers; il n'y a pas à distinguer entre les différents types d'usage : que l'usage soit commun ou privatif, normal ou anormal, l'intervention des agents publics est cantonnée dans l'exercice de leur pouvoir de police. Cette idée se manifeste dans le *régime primitif de la permission de voirie*.

L'occupation réalisée en vertu d'une permission de voirie et qui est définie soit par le caractère anormal de l'utilisation, soit par le fait d'une emprise sur la voie, est soumise à une autorisation délivrée par les agents publics. Etant accordée sur la voie publique, en vertu des pouvoirs que l'administration possède sur la voie, cette autorisation est, dans le point de vue primitif logiquement considérée comme un *acte de police*; elle ne peut donner lieu soit dans son octroi soit dans son maintien à une *intervention financière* ou *économique*. Ces traits s'expriment dans le *but* en vue duquel peut être refusée ou retirée l'autorisation, et dans les *conditions* auxquelles elle peut être subordonnée.

1° *Le refus et le retrait de la permission.* — L'administration ne peut refuser ou retirer une permission de voirie que dans un *but de police*, la notion assez large de police comprenant d'ailleurs l'intérêt de la voie aussi bien que celui de la sécurité ou de la salubrité.

Ainsi le refus peut être prononcé dans un but de police¹. Le retrait peut être exercé dans un but de police² ou de viabilité³. Mais ni l'un ni l'autre ne peuvent l'être dans un autre but, par exemple dans l'intérêt privé de l'administration⁴ en particulier dans son intérêt financiers⁵.

1 *Jeuvin*, 29 nov. 1895, D. P. 96.III.89. Refus de laisser établir une prise d'eau pour un lavoir dangereux pour la salubrité.

2. *Brouillaud*, 1^{er} juillet 1898, S. 1900.III.87.

3. *Tauveron*, 15 nov. 1895, D. P. 96.III.89.

4. *Tauveron*, *précité* : « Le retrait n'a pas été prononcé dans l'intérêt de la viabilité mais dans l'intérêt privé de la commune... »

5. *Magnard*, 30 janv. 1914, *Rec.* p. 110 : « Si le maire a invoqué la commodité de la circulation il a informé le sieur M. que la permission lui serait maintenue s'il consentait à certains sacrifices pécuniaires au profit de la commune. Il a ainsi reconnu lui-même que le retrait de ces autorisations n'était pas exigé par les intérêts de la sauvegarde de la voirie mais par la considération d'un *intérêt financier de la commune étranger au régime des permissions de voirie*. »

Laferrière définit ce régime d'une formule qui d'ailleurs n'est peut-être pas des plus heureuses : « la permission n'est précaire qu'à l'égard du domaine et de ses exigences propres ».

Vers la fin du xix^e siècle la liste des cas de retrait s'est, dit-on, allongée. En réalité il semble bien que la phase de la police ait duré assez longtemps, que ce soit seulement au début du xx^e siècle avec les fameuses questions soulevées par les services d'éclairage, mais surtout depuis deux ans, que la théorie du but a vraiment évolué. Les cas nouveaux que l'on cite peuvent en effet aisément trouver place dans la notion assez compréhensive de la police : il s'agit d'abord du retrait pour exécution de *travaux publics*, ce qui fait partie de l'aménagement de la voie c'est-à-dire en définitive des intérêts de la voirie¹. Il s'agit d'autre part de l'*inexécution de conditions*², mais ce cas peut encore rentrer dans la police car précisément il ne peut être imposé des conditions que dans cet intérêt.

2° *Les conditions de la permission.* — Peuvent seules être stipulées des conditions dans l'intérêt de la police ou de la voirie. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'administration peut aussi imposer comme condition le paiement d'une redevance en argent parce que la loi l'y autorise³.

En définitive la période dont nous venons d'achever l'étude mérite à tous égards le nom de période du *pouvoir exclusif de police*. Si la notion de police est alors assez large, disons même assez imprécise pour justifier certaines interventions comme les mesures de conservation de la voie, elle rencontre aussi bien dans le *domaine financier* où elle dresse l'antinomie de la police et du fisc — que dans le *domaine économique* où elle provoque l'antinomie de la police et de la gestion, toute une série d'activités publiques dont elle écarte impérieusement la possibilité.

1. 26 mai 1911, p. 645. Retrait de l'autorisation d'établir un mur sur la rive d'un canal pour travaux d'amélioration du canal.

2. Brouillaud, précité : Retrait pour inexécution d'une condition de police : Isolement d'un local de production électrique de toute maison d'habitation,

3. Rélif., 26 juin 1914, p. 784 (Concl. Pichat).

TITRE II

L’AFFIRMATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE A L’OCCASION DES OCCUPATIONS ANORMALES DE LA VOIRIE.

Cette conception étroite, limitée à la police, des pouvoirs de l’administration sur la voirie, après avoir été longtemps très stricte, a fini cependant par céder. Cela s’est produit en ce qui concerne les *occupations anormales* des voies publiques. A leur sujet on a été amené à affirmer le *droit de propriété* de l’administration sur la voirie. Il en est résulté d’importantes conséquences quant au régime de ces occupations anormales.

CHAPITRE PREMIER

L'IDÉE DE PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE DE LA VOIRIE ET SES LIMITES.

C'est à la fin du ^{xix}^e siècle mais surtout à partir de 1900 que s'est développée la théorie de la *propriété administrative* du domaine public. Elle a été surtout l'œuvre du doyen Hauriou et de son école. Cette théorie a complètement renouvelé la vieille théorie de la propriété du domaine qui est la théorie primitive de l'ancien régime : à la notion de la *propriété privative du domaine de la couronne* elle substitue la notion moderne de la *propriété administrative grevée d'affectation*.

Ce point de vue s'applique à la voirie et aux choses affectées au public comme à l'ensemble du domaine public et aux choses affectées aux services¹ : on déclare tous ces biens susceptibles de servir de support à des droits réels de nature administrative aussi bien au profit des particuliers qu'au profit des collectivités publiques.

Quelque importance qu'aient les premiers et bien que ce soit par eux et peut-être à cause d'eux que la théorie s'est d'abord manifestée², c'est uniquement aux droits de l'admi-

1. On sait que l'innovation apportée par l'école d'Hauriou ne s'adresse pas seulement à la *condition* du domaine public mais aussi à son *critérium* : le domaine public devient l'ensemble des propriétés administratives affectées soit à l'usage direct du public, soit à l'usage des services publics.

2. A la fin du ^{xix}^e siècle le *développement des occupations privatives du domaine* est un fait capital : c'est la situation des occupants qui a permis à l'école nouvelle dans de nombreuses notes de jurisprudence de dégager la théorie des droits réels administratifs, reprise plus tard par Rigaud dans un ouvrage de synthèse RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, 1914) et d'élaborer

nistration sur son domaine que nous voulons consacrer quelques développements pour dégager leur *caractère* et surtout préciser leur *portée*.

Dans la théorie d'Hauriou toutes les dépendances du domaine, qu'il s'agisse du domaine public ou privé sont pour les différentes collectivités administratives objet de propriété; cette propriété est conçue comme un droit subjectif, c'est la propriété ordinaire comportant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.

Mais le domaine comprend deux masses de biens : le *domaine public* et le *domaine privé*; ces deux masses se distinguent par le fait que le domaine public est affecté à l'utilité publique. Cette affectation entraîne pour le domaine public une conséquence capitale qui concerne précisément la propriété de l'administration. Il faut distinguer la *jouissance* et l'*exercice du droit de propriété*. Pour la jouissance du droit il n'y a aucune différence entre le domaine public et privé; en revanche il y a une différence essentielle pour l'exercice du droit : la propriété du domaine public étant *fiduciaire* c'est-à-dire grevée d'affectation au profit du public, ses attributs normaux ne peuvent être exercés que lorsqu'ils ne nuisent pas à l'affectation; ainsi par exemple l'*abusus* qui est un attribut de la propriété ne peut pas être exercé, l'inaliénabilité est conçue ainsi comme une incapacité résultant de l'affectation.

On va voir comment, appliquée à la voirie, cette théorie a abouti à une certaine conception de l'intervention administrative qui représente un *deuxième stade* dans l'évolution du régime juridique de la voirie. On peut se demander en effet *dans quels cas* le droit de propriété peut jouer sans gêner l'affectation; cette question présente un intérêt spécial lorsqu'il s'agit des rapports entre l'administration et les usagers

ainsi une construction nouvelle du domaine public. Ces nombreuses notes sont surtout l'œuvre de M. Mestre et du doyen Hauriou dont le traité de droit administratif a paru dans sa 1^{re} édition en 1892.

de la voirie¹. La réponse qui y est alors donnée et qui caractérise ce deuxième stade est la suivante : l'administration ne peut tirer les conséquences de son droit de propriété, exercer les attributs de la propriété qu'à l'égard de certains usagers. Ainsi l'administration ne peut intervenir comme propriétaire que dans certains cas et on détermine ces cas d'après la qualité de l'usager.

Mais cette qualité n'est pas toujours appréciée de la même manière.

1. Dans un système qui paraît le plus logique l'administration n'intervient comme propriétaire qu'à l'égard des usagers qui font de la voie publique une *utilisation anormale*; ce système est logique puisque l'utilisation anormale est par définition l'utilisation qui n'est pas conforme à l'affectation; il en résulte que les attributs de la propriété peuvent alors jouer sans contredire l'affectation puisqu'ils s'adressent à un usage qui n'est pas lui-même dans le sens de cette affectation.

Ce système conduit à admettre l'intervention au titre de la propriété à l'égard des *occupations privatives anormales*², il doit jouer d'une manière typique dans le régime de la permission de voirie.

Ce point de vue a une grosse importance; nous verrons précisément que c'est lui qu'on cherche parfois à utiliser actuellement pour expliquer par l'idée de propriété certaines interventions de l'administration à l'égard d'*utilisations communes* de la voirie : en étendant la notion d'usage anormal

1. En dehors de ses rapports avec les usagers l'administration doit généralement pouvoir exercer les attributs de la propriété. Ainsi :

1° Dans ses rapports avec des tiers non usagers (Exercice des actions possessoires, mitoyenneté).

2° Dans ses rapports avec les autres administrations : mais ici la jurisprudence du Conseil d'Etat n'applique pas toujours l'idée de propriété : c'est au moins sa position sur le problème des mutations domaniales.

3° En dehors de tout rapport avec des particuliers ou avec les autres administrations : Perception des fruits et des produits naturels du domaine.

2. V. notamment sur ce point de vue BONNARD, *op. cit.*, 1^{re} édition, pp. 451 et suiv. Pour M. Bonnard c'est seulement dans le cas de l'occupation anormale et par opposition à l'occupation normale que l'administration intervient en qualité de propriétaire pour autoriser l'occupation et pour percevoir une redevance qui a le caractère juridique d'un loyer.

en dehors des occupations privatives on élabore une théorie de l'intervention au titre de la propriété à l'égard d'utilisations communes considérées comme anormales; dans cette explication on fait donc toujours état pour justifier l'exercice des droits de propriétaire de la *qualité de l'usager*.

2. Dans un autre système, qui est celui adopté par le doyen Hauriou, ce serait également dans le cadre de la permission de voirie que l'administration interviendrait comme propriétaire¹ mais on adopte sur la notion même de la permission de voirie un point de vue différent : la permission de voirie n'est plus définie par le caractère anormal de l'occupation mais par le fait d'une *emprise réalisée sur la voie*; nous avons déjà eu l'occasion de signaler ces deux conceptions différentes. Ce système est certainement moins logique que le précédent car il fait état d'un caractère de l'utilisation qui ne se rapporte pas à l'affectation, or c'est le point de vue de l'affectation qui dans le système adopté doit commander l'intervention au titre de la propriété.

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine : c'est exclusivement à l'égard de certains usagers, et à cause de la qualité de ces usagers que l'administration peut intervenir comme propriétaire, tirer les conséquences de son droit de propriété. Cette idée constitue la limite à l'exercice du droit de propriété lorsqu'il s'agit de l'intervention des agents publics sur la voirie. Elle représente, disons-nous, après la phase de l'exclusivité du pouvoir de police, un *deuxième stade* dans l'évolution du régime juridique de la voirie.

1. HAURIOU, 10^e édition, page 712 et suiv. Hauriou oppose l'occupation temporaire au permis de stationnement. A la différence du permis de stationnement le régime juridique de l'occupation temporaire est expliqué dans tous ses éléments par l'idée de propriété.

CHAPITRE II

LES CONSÉQUENCES DE LA PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE POUR LE RÉGIME DES OCCUPATIONS ANORMALES

Ces idées nouvelles qui dominent l'intervention de l'administration à l'égard de certains usagers ont trouvé leur expression dans le régime juridique de la permission de voirie ; ce régime a subi une évolution des plus caractérisées.

La permission de voirie comporte deux éléments : l'*autorisation*, la *redevance*. Dans le régime primitif aucun de ces deux éléments n'admet de la part des agents publics une intervention *financière* ou *économique* basée sur les droits de l'administration à l'égard de la voirie : en effet l'autorisation ne peut être refusée ou retirée que dans un *but de police* ce qui ne révèle qu'une intervention policière. Quant à la redevance elle constitue bien une intervention financière mais on a vu que cette intervention est rattachée non aux droits de l'administration sur la voie, au « point de vue domanial » dirait-on aujourd'hui, mais au *pouvoir fiscal* organisé par le législateur.

Ces deux éléments vont subir une évolution profonde ; les règles nouvelles qu'ils comportent sont de plus en plus expliquées par le *droit de propriété* de l'administration.

§ I. La redevance.

C'est surtout l'œuvre de la doctrine que d'avoir isolé des cas d'occupation de la voirie dans lesquels la redevance est

considérée comme un *produit de la propriété* ; de nombreux auteurs distinguent de plus en plus : le permis de stationnement dans lequel l'administration intervient en vertu de son pouvoir fiscal pour imposer une taxe, et la permission de voirie où elle apparaît comme propriétaire pour faire payer l'utilisation de son bien¹. M. Berthélemy a mis particulièrement en lumière l'opposition des deux types de redevances ; sans doute n'en tire-t-il pas cette conclusion que la redevance est dans le cas de la permission de voirie expliquée par la propriété mais le caractère qu'il lui attribue n'implique-t-il pas cette explication ? La redevance est, pour lui, le produit d'une location, elle « ressemble à la stipulation d'un loyer » ; M. Berthélemy repousse toute idée de droit réel ou de propriété, mais s'il est exact que la location ne confère pas à celui à qui on loue un droit réel n'est-il pas aussi vrai qu'elle suppose la propriété chez celui qui loue² ?

En tout cas il y a certainement dans la doctrine une tendance à concevoir la redevance des permissionnaires comme un loyer et à l'expliquer par l'idée de propriété³.

Il faut dire que l'on trouve beaucoup moins facilement dans la jurisprudence la consécration de cette idée ou de ses conséquences : l'opposition de M. Berthélemy ne s'y retrouve guère⁴. C'est que le Conseil d'Etat considère toutes les rede-

HAURIU, *op. cit.*, p. 715 : « C'est en sa qualité de propriétaire que l'administration accorde des permissions de ce genre... Les permissions d'occupation temporaire sont accordées moyennant des redevances qui, très logiquement, ont le caractère de loyers. »

BONNARD, *op. cit.*, p. 451. M. Bonnard adopte la même idée de propriété et de loyer. Son opinion ne diffère de celle d'Hauriou que sur la notion de permission de voirie qui répond ici à l'idée d'occupation anormale, et chez Hauriou à celle d'occupation avec emprise.

2. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 495.

3. Cependant plusieurs auteurs se refusent à voir une différence entre la permission de voirie et le permis de stationnement au point de vue de la redevance sinon en ce qui concerne l'autorité compétente pour percevoir. Par exemple : TROTABAS, *op. cit.*, p. 57 et suiv. : « La redevance paraît identique en matière de permission de voirie et de permis de stationnement. »

4. Aucune des conséquences que M. Berthélemy déduit du caractère propre de chacune des deux redevances ne donne lieu à des applications bien nettes :

1° « Les taxes sont fixes ; les loyers au gré des parties. » Cette première idée n'est pas appliquée : le prix, dans le cas de la permission de voirie, est fixé unilatéralement par l'administration ; Dehaynin, *C. E.*, 29 nov. 1878, p. 960. L'idée

vances comme des *taxes*, aussi bien dans le cas de la permission de voirie que dans celui du permis de stationnement : il s'en tient fermement à cette idée que la redevance est une condition financière justifiée et expliquée uniquement par la loi qui l'autorise¹.

Et cependant certaines formules indiquent déjà un point de vue nouveau : dès la fin du siècle dernier la Cour de cassation rattachait la redevance « *au droit général de l'administration sur son domaine* », elle en tire cette conséquence essentielle que la redevance est régulière même si elle n'a pas été prévue par la loi : elle ouvre ainsi à l'administration des horizons nouveaux pour une exploitation financière établie en dehors du pouvoir fiscal sur un droit qui, malgré l'imprécision des termes, semble bien n'être que le *droit de propriété*².

Le 11 décembre 1934, la Cour de cassation nous dit dans des termes décisifs ce qu'elle entend par « *droit général de l'administration* » : Apprécient la légalité d'une délibération du conseil municipal de Toulon qui frappait de droits de voirie les enseignes-réclames faisant saillie sur la rue, la Cour déclare que « *en vertu du principe que la propriété du sol de la voie*

de M. Berthélemy est ici certainement inexacte : la permission de voirie est une situation unilatérale.

2° « Les taxes doivent être votées annuellement. » Cette conséquence perd toute sa portée du fait que les redevances pour occupations anormales doivent être également votées tous les ans (v. sur ce point la note de M. Bonnard, *S.* 1929.III.41. Pour M. Bonnard cette nécessité se rapporte d'ailleurs à la règle de la prévision annuelle des crédits et non à celle de l'annalité de l'impôt).

3° Les taxes peuvent être mises en ferme : Mais les droits perçus sur les occupations anormales le sont également.

4° « Les tarifs des taxes peuvent être modifiés à toute époque ». Cette règle est également appliquée aux redevances pour occupation anormale et pour la même raison : situation objective et réglementaire de l'occupant (*Dehaynin, précité*).

5° Les taxes sont exigées par voie d'autorité; les loyers en vertu d'une convention. Nous avons vu dans la première partie que le mode de perception de la taxe atténuait la portée de cette opposition.

1. *Bonneton*, 8 mars 1929, *S.* 1929.3.41.

2. *Cass. civ.*, 11 août 1891, *Georgi*, *D. P.* 1892.1.545. « Sur la nullité de l'engagement pris en tant que formant le prix d'un contrat de location portant sur un objet qui ne serait pas dans le commerce. Attendu que l'Etat a sur le domaine public un droit général en vertu duquel il peut, à la condition de respecter la destination du domaine concéder soit à titre gratuit soit à titre onéreux certaines jouissances privatives. »

publique emporte celle du dessus, une ville peut légalement créer une taxe compensatrice de l'occupation de la voie publique » (Cass. civ., 11 déc. 1934, *Omnium français de publicité*, D. H., 1935, p. 99).

En définitive c'est surtout la doctrine qui pour la redevance a soutenu l'idée d'une intervention financière justifiée à l'égard des occupants anormaux par la propriété; longtemps elle s'en est tenue là : la propriété n'apparaît que pour la perception de la *redevance*, elle ne joue plus aucun rôle à l'égard de l'*autorisation* ; ici le point de vue domanial s'efface, seul survit le point de vue de la police. Cette conception de l'autorisation va subir, et, ici, surtout dans la jurisprudence, une transformation capitale.

§ II. L'autorisation.

Dans le point de vue primitif l'autorisation ne peut comporter aussi bien pour son refus que pour son retrait qu'un *but de police*. L'administration ne peut subordonner l'utilisation de la voie ni à son *intérêt pécuniaire*, ni à l'*intérêt d'un service public*; c'est dire que la permission ne peut se prêter ni à une *intervention financière*, ni à une *intervention économique*.

Or, on va maintenant distinguer les autorisations auxquelles peut être assujetti l'usage normal de la voirie et celles que l'on retrouve dans l'*usage anormal*, spécialement dans la permission de voirie.

Dans le premier cas l'autorisation se rattache toujours à une intervention de police, mais dans le second elle peut maintenant se prêter à une *intervention économique et financière*, l'autorisation en effet peut maintenant être refusée dans un but de *gestion économique* : l'*intérêt d'un service public* ou dans un *but financier* : l'*intérêt pécuniaire de l'administration*.

Pour expliquer ce caractère nouveau de l'intervention à l'égard de l'usage anormal on a dû reconnaître que l'autorisation ne pouvait plus y être considérée comme un acte de

police; on tend de plus en plus pour expliquer son rôle nouveau à y voir un *acte du propriétaire*.

Cette évolution s'est produite en deux épisodes ; le premier est marqué à la fin du siècle dernier par une série d'affaires connues, généralement groupées sous le nom de « querelle du gaz et de l'électricité » — le deuxième est constitué par quelques affaires très récentes qui ont souligné d'une manière décisive le caractère nouveau de l'utilisation anormale.

I. — *La querelle du gaz et de l'électricité.*

On sait à la suite de quelles circonstances à la fin du siècle dernier entrèrent en conflit dans nombre de villes françaises les intérêts divergents des communes, des compagnies gazières, et des compagnies d'électricité. Lorsque apparut l'éclairage électrique les villes étaient depuis un demi-siècle liées par des contrats à des compagnies gazières auxquelles elles avaient accordé la concession de l'éclairage à titre exclusif; elles crurent pouvoir accorder des permissions de voirie à des compagnies de distribution électrique; les protestations des gaziers soulevèrent notamment deux problèmes intéressant la technique de l'autorisation¹ :

Les communes étaient-elles *liées* par leurs contrats? Devaient-elles refuser aux électriciens les permissions sollicitées?

Dans l'affirmative un deuxième problème se posait : les nouvelles permissions irrégulières engageant la responsabilité des communes, celles-ci pouvaient-elles les *retirer* pour dégager cette responsabilité pécuniaire?

On le voit, c'était là soulever en plein deux questions : L'autorisation peut-elle être refusée dans un *but économique* : l'intérêt d'un service public?

Peut-elle être retirée dans un *but financier* : éviter à l'administration de payer des indemnités?

1. Sur cette question v. BERTHÉLEMY, *Communes et gaziers. Rev. pol. et parl.*, 1917, p. 23 à 49.

On a répondu ainsi à ces questions : les occupations de la voirie par les permissionnaires constituent un *usage anormal* du domaine, l'autorisation y présente de ce fait un caractère juridique particulier : elle peut servir un but de gestion économique, permettre la réalisation d'un monopole de fait, l'administration est alors liée par son contrat¹.

Mais l'autorisation peut aussi servir un but financier ; elle peut être retirée par l'administration en vue de dégager une responsabilité pécuniaire² ; c'est là le véritable sens de ce nouveau cas de retrait ; sans doute le Conseil d'Etat parle d'incompatibilité avec une situation de droit ou avec l'autorité de la chose jugée, mais d'autres arrêts nous donnent bien la vraie portée de la jurisprudence nouvelle : intervention dans un but d'intérêt financier : « Si en principe la permission de voirie ne peut être retirée lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en fait pas une obligation, il doit en être autrement toutes les fois que leur maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes » (C. E., 27 déc. 1901, Picard, D. P., 1903.III.33).

Cette jurisprudence ouvre déjà à l'égard de la voirie la possibilité d'une intervention économique et financière. Cette possibilité est limitée à l'usage anormal du domaine ; à l'égard de l'*usage normal* l'intervention reste exclusivement de police : il s'y rencontre aussi des autorisations accordées à des particuliers, ces autorisations ne peuvent être refusées que pour des motifs et dans un but de police, elles ne peuvent servir ni l'intérêt d'un service public, ni un intérêt financier. Cette opposition catégorique de l'usage normal et anormal du point de vue des possibilités économiques et financières auxquelles ils se prêtent, opposition qui à l'heure actuelle s'effrite de plus en plus, est la marque essentielle de la période que nous envisageons. Elle est affirmée énergiquement par la doctrine³.

1. C. E., 26 nov. 1897, p. 718.

2. C. E. 10 juillet 1896, Colette, D. P. 98.III.1.

3. V. notamment JÈZE, R. D. P., 1910, p. 258. RIFERT, R. D. P., 1905 : *Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*.

Elle se traduit en principe dans la jurisprudence : le Conseil d'Etat en fait application dans la tameuse affaire *Thérond* en déclarant irréalisable le monopole de l'enlèvement des bêtes mortes accordé à un concessionnaire¹.

Il l'applique à notre avis beaucoup moins dans une curieuse décision du 12 novembre 1909 *D. P.*, 1911.III.97) où il se laisse, dans une matière relevant uniquement de l'usage normal de la voirie, visiblement impressionner par sa jurisprudence toute fraîche des permissions de voirie : il s'agit d'une demande d'alignement faite par un riverain d'une voie, jadis voie privée, classée depuis peu de temps : le maire impose au requérant un retrait de 5 mètres en vue d'exécuter l'engagement pris jadis par la commune à l'égard des autres riverains de la voie alors qu'elle était encore privée; il est curieux de voir dans cette affaire le commissaire du Gouvernement, M. Teissier, et le Conseil d'Etat faire appel à la jurisprudence établie en matière de permissions de voirie, déclarer que le maire « ne peut abdiquer sa double personnalité » et « a le devoir comme représentant de la commune d'assurer l'exécution des engagements pris par elle »; il n'y a qu'un malheur : c'est qu'une demande d'alignement n'a rien à voir avec une permission de voirie, qu'il s'agit dans un cas d'usage anormal, dans l'autre d'usage normal; l'assimilation des deux situations est des plus discutables. Bien que ce soit sur elle que repose la décision il n'est pas sans intérêt de voir dans une matière exclusivement soumise à l'époque au pouvoir de police apparaître déjà des interventions administratives ayant pour but de réaliser des contrats

Cependant cet élargissement de l'autorisation a encore des limites que seules des décisions récentes permettront de franchir.

1. *Thérond*, S. 1911.3.17. L'administration ne peut pas interdire aux propriétaires de procéder eux-mêmes à la destruction des bêtes mortes. Le monopole est donc irréalisable : l'administration peut être responsable à l'égard du concessionnaire, non pour violation d'un contrat mais pour un quasi-délit ; dommage causé à un particulier que l'on a obligé à faire des frais, l'indemnité

D'abord la subordination à l'intérêt du service public n'est possible qu'à l'égard de certaines permissions : celles accordées à des *entreprises* et non aux permissions accordées à de *simples particuliers* ; cette distinction a été soutenue et admise par le Conseil d'Etat dans l'affaire Goret du 6 juin 1902¹.

D'autre part, si l'autorisation peut être retirée dans un but financier il ne s'agit encore que d'un *but de défense financière* ; il s'agit d'éviter une dépense non d'une véritable *exploitation lucrative*.

Enfin la jurisprudence n'admet pas que l'on puisse dans l'intérêt du concessionnaire retirer des autorisations déjà accordées, *antérieures à la concession*². Il est certain que le retrait est toujours plus difficile que le refus : on a toujours estimé la situation du permissionnaire plus forte que celle du simple candidat³. Ce trait se marque d'une autre manière : la jurisprudence n'admet pas que l'administration puisse retirer la permission dans le *but de relever la redevance* ; elle peut seulement imposer d'office un relèvement du prix mais le retrait ne peut alors servir de sanction⁴.

Mais quelles que soient ces limites cette jurisprudence fait déjà apparaître l'autorisation dans un jour nouveau.

Un premier point paraît certain : l'autorisation ne peut

correspond alors seulement aux frais exposés et non au *lucrum cessans* (v. Concl. de M. Pichat rapportées au Sirey).

1. D. P. 1904.3.17, *Concl. Romieu*. Il s'agissait de la fameuse question du retrait des permissions accordées à des électriciens en violation des droits des gaziers. M. Romieu distingue : 1° Les permissions accordées aux simples particuliers qui ne peuvent être retirées dans l'intérêt financier de la commune. 2° Les autorisations délivrées aux électriciens pour occuper la voie publique en vue de faire un service de distribution. Le Conseil reprend la distinction : « ... Il en est autrement lorsque au lieu de concerner de simples particuliers, les permissions sont accordées en vue de favoriser des entreprises. »

2. *Meudrac*, 1910, p. 26. *Gaz d'Agen*, 1895, p. 3.

3. V. MESTRE, *La Révocation des permissions de voirie*, *Revue des concessions*, 1923. TROTABAS, *op. cit.*, p. 104 et suiv. — M. Trotabas explique cette différence de traitement en distinguant dans la permission un élément de police qui ne peut être aliéné et un élément patrimonial ou domanial qui, lorsque le pétitionnaire a obtenu la permission, lui est transmis de sorte que l'administration ne peut plus atteindre la permission par la voie de ses pouvoirs sur le domaine mais par celle de ses pouvoirs de police.

4. *Dehaynin*, 29 nov. 1878, p. 960.

plus être considérée, étant donné son but, comme un *acte de police*. A vrai dire nous nous demandons s'il était bien nécessaire d'arriver jusqu'à cette jurisprudence pour s'en apercevoir : sans doute le fait qu'elle peut être refusée ou retirée dans un but autre qu'un but de police est un indice révélateur mais un autre indice existait déjà : l'administration a toujours possédé, pour le refus comme pour le retrait, un *pouvoir discrétionnaire*; or ce trait montre bien qu'il ne s'agit pas d'un acte de police car un pareil acte suppose toujours des motifs de police et un contrôle exercé sur ces motifs par le juge.

En tout cas, la cause paraît maintenant entendue : se plaçant au point de vue de l'usager, M. Jèze a logiquement et brillamment défini le « caractère juridique et économique » de la permission de voirie, non autorisation de police mais usage anormal permis à un particulier pour son profit exclusif¹. Dans ces conclusions sur l'affaire Goret, M. Romieu précise qu'il s'agit d'un « *acte de gestion*, d'ordre contractuel ».

En même temps qu'elle va écarter les dernières limites que nous venons de voir, la jurisprudence actuelle va révéler vraiment cette *question* sous l'aspect de l'exploitation *économique* et *pécuniaire* d'une *propriété*.

II. Les retraits dans des buts financiers ou économiques.

Depuis quelques années la jurisprudence élargit tous les jours le pouvoir de subordonner l'occupation du domaine à l'intérêt d'un service public ou à un intérêt financier.

Ces décisions s'adressent maintenant au retrait de la permission. Elles font apparaître deux buts nouveaux du retrait qui ouvrent largement la possibilité d'une intervention économique et financière. le *retrait dans l'intérêt du service public*; le *retrait en vue de réaliser une exploitation plus lucrative du domaine*.

1. JÈZE, *Théorie des motifs déterminants*, R. D. P., 1922, p. 407 et suiv.

Il est maintenant admis que la permission peut être retirée dans l'intérêt d'un service public :

Le Conseil d'Etat a d'abord déclaré régulier le *retrait* en vue d'organiser un service public sur l'emplacement occupé par le permissionnaire¹ : c'est l'ancien retrait pour exécution de travaux publics mais singulièrement élargi et que la notion de police de la voirie ne peut plus seule expliquer ; dans l'affaire Fabre du 20 mai 1927 on voit même l'administration prendre possession des ouvrages construits par le permissionnaire en vue de les utiliser pour son propre compte ; il y a là un procédé détourné de réquisition qui traduit bien l'aspect nouveau de la permission.

Mais surtout le Conseil d'Etat décide maintenant que pour protéger son concessionnaire l'administration peut retirer des *permissions antérieures à la concession* « en tenant compte de la situation nouvelle créée par l'adoption d'un régime de concession² ».

Plus frappante encore est l'ouverture d'un nouveau cas de retrait : le retrait en vue de *réaliser une exploitation plus lucrative du domaine*. On a vu quelle était sur ce point la position, d'ailleurs très critiquée en doctrine³, adoptée par le Conseil : l'administration ne peut pas retirer la permission en vue de relever la redevance. On pouvait se demander si cette position n'avait pas été abandonnée, au moins en matière de permis de stationnement dans l'affaire Peysson du 12 décembre 1923 (*Rec.*, p. 826), où l'on voit un maire retirer toutes les permissions accordées aux restaurateurs en vue de faire appliquer un nouveau règlement assorti d'un nouveau tarif⁴. Mais les circonstances récentes de l'affaire

1. C. E., 1^{er} déc. 1920. *Chabraud et Pellevoisin*, p. 1016 : Retrait d'une permission sur une route nationale en vue de la construction d'une voie ferrée.

Fabre, 20 mai 1927, p. 581. Retrait d'une occupation du domaine maritime en vue de l'installation d'une base d'hydravions.

2. *Laraque*, 9 nov., 1932, D. H. 1933, p. 9. Retrait d'une permission d'installer des canalisations électriques en vue de réorganiser un régime nouveau de concession.

3. JÈZE, *Principes de droit administratif*, III, pp. 239 et suiv. — BONNARD *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd., p. 453.

4. Il faut ajouter que le décret-loi du 19 juillet 1934 autorise la révision de tarifs des concessions en cours.

Taillandier sont plus suggestives encore : Il s'agit du retrait de permissions peu rémunératrices accordées à des marchands d'objets de piété sur la colline de N.-D. de la Garde à Marseille : le retrait avait pour but manifeste de réunir les emplacements et de les concéder en bloc à un prix nettement plus élevé. En déclarant le retrait régulier, malgré les conclusions contraires du commissaire du Gouvernement, le Conseil indique nettement que les *considérations de rendement pécuniaire* font maintenant partie des buts légitimes du retrait¹.

Il est facile de mesurer la distance parcourue depuis le jour où il proclamait « l'intérêt privé et financier étranger au régime de la permission de voirie » et aussi le progrès réalisé depuis le début du siècle : il s'agit non plus du *refus* mais du *retrait*, non plus de permissions accordées à des *entreprises* considérées presque comme des concessions mais à de *simples particuliers*, hypothèse où M. Romieu dans les conclusions précitées affirmait encore l'exclusivité du point de vue policier ; enfin il n'est plus question d'*éviter des dépenses*, de défense financière, mais de *rechercher des bénéfices* et les plus hauts bénéfices.

Le Conseil d'Etat a lui-même abandonné depuis longtemps dans sa terminologie « l'intérêt de la police et de la voirie » ; le pouvoir administratif peut maintenant s'exercer « dans un *intérêt général* »² ; c'est-à-dire qu'il n'a plus pour limite que ce « but d'intérêt public » qui, aux termes du fameux arrêt Pagès du 22 mars 1901 (S. 1903, III, 73), est la mesure et la limite de toute activité des agents publics³.

1. C. E. Taillandier, 6 mai 1932, S. 32.III.65.

2. La substitution du but « d'intérêt général » à l'intérêt de la police et de la voirie est faite le 16 juillet 1918. *Compagnie des tramways de l'Est parisien*, p. 774, cf. 4 fév. 1921, D. P. 22.III.57 ; 1^{er} mars 1929, D. P. 29.III.29.

Dlle Taillandier, précité : « Il ne résulte pas que la décision portant retrait ait été prise pour des motifs autres que ceux tirés de l'intérêt général. » *Larogue*, précité : « Cette circonstance favorable à l'intérêt général, ne saurait entacher de détournement de pouvoir... »

3. Dans l'affaire Ruasse du 10 mars 1933 (D. P. 34.3.18) le Conseil annule un retrait exercé dans un but politique : Retrait d'une permission accordée à un marchand de journaux vendeur de l'*Ami du Peuple*.

L'autorisation n'a plus rien d'un *acte de police*; mais l'idée d'*acte de gestion*, soutenue par M. Romieu, a cette fois, pris corps : la doctrine actuelle affirme de plus en plus qu'il s'agit de la gestion d'une propriété, d'un *acte de propriétaire* : l'autorisation y est considérée comme l'acte d'un propriétaire qui autorise l'utilisation de sa propriété dans la mesure où cette utilisation répond à une bonne exploitation économique, qui l'interdit ou la révoque dans le cas contraire, qui l'oriente enfin vers sa meilleure exploitation¹.

Mais il faut marquer une *limite* importante à cette orientation : en interdisant d'imposer au permissionnaire toute condition autre que la condition financière prévue par la loi², le Conseil d'Etat marque une restriction grave au pouvoir de l'administration de *diriger l'exploitation* de la voirie par les particuliers.

1. V. surtout la note de P. Laroque au *Sirey* 1932, III.65 : « La notion d'un domaine public inconciliable avec celle de propriété privée est définitivement abandonnée par une évolution qui donne à la conception du domaine public *un caractère nettement économique*... A la conception du domaine public hors du commerce, soumis uniquement à la garde et à la police de l'administration se substitue celle du domaine public *richesse collective et objet d'exploitation* : police et *gestion* n'apparaissent plus comme des notions antinomiques mais comme des qualifications différentes d'une même autorité. »

2. C. E. Bonneton, *précité*.

TITRE III

L'EXTENSION DE L'IDÉE DE PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE A TOUTES LES UTILISATIONS DE LA VOIRIE

Les divers points de vue que nous avons vu se développer jusqu'ici doivent à notre avis être dépassés. Les règles auxquelles on a dû soumettre aujourd'hui l'intervention des agents publics à l'égard de l'usage commun de la voirie imposent deux constatations :

La première qui était déjà faite parfois mais qui est mise maintenant en pleine lumière est que l'administration est *propriétaire de la voirie*.

La deuxième qui est nouvelle et qui constitue l'intérêt de nos développements est que cette propriété se manifeste maintenant *à l'égard de tous les usagers de la voirie* : Dans la mesure où son intervention n'a pas pour effet de contrarier le but auquel est affectée la voirie, l'administration doit toujours pouvoir intervenir comme propriétaire, tirer de son droit de propriété toutes ses conséquences logiques.

Cette manifestation de la propriété administrative sur les voies publiques, on la trouve *dans la police de la conservation*, dans les *redevances de voirie* et dans le *régime des transports en commun*.

CHAPITRE PREMIER

LA PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE DE LA VOIRIE DISCUSSION THÉORIQUE

Il convient d'abord de faire justice pour n'y plus revenir de toutes les objections théoriques qui ont été élevées contre cette idée de la propriété administrative du domaine public et spécialement de la propriété administrative de la voirie. Cette question a déjà été abordée. Mais il convient de compléter ce qui a été indiqué.

C'est en vertu de préjugés injustifiés que le régime de la voirie a toujours paru répugner à l'idée de propriété. Cela a tenu à un fait sur lequel nous avons insisté : le caractère particulier qu'ont toujours paru présenter parmi les dépendances du domaine les *choses affectées à l'usage du public*. Ce caractère a toujours soulevé contre la propriété administrative des objections particulières. Mais ces objections ne sont pas décisives.

La Révolution avait définitivement écarté de notre droit public cette idée des juristes de l'ancien régime d'après laquelle il y avait une catégorie de choses publiques qui, à raison de leur affectation à l'usage de tous, étaient soustraites à toute patrimonialité comme insusceptibles d'appropriation et exclues ainsi du domaine de la couronne. Il semble qu'on ait voulu ainsi, en proclamant ces biens *res communes*, les soustraire à toute intervention du souverain susceptible de compromettre leur destination. C'est pourquoi, après la Révolution, cette qualité de *res communes* ne présentait plus d'intérêt et ne pouvait ainsi qu'être écartée.

Mais si l'idée de propriété administrative du domaine et spécialement du domaine affecté à l'usage de tous devint ainsi possible, un autre point de vue vint presque aussitôt y faire obstacle. Ce fut une certaine conception de la propriété, la conception de la propriété privée individuelle dont le code civil venait de formuler la notion (art. 544).

La conception de la propriété. — L'idée de propriété administrative du domaine s'est heurtée pendant tout le XIX^e siècle à une objection irréductible qui fut tirée de la conception de propriété. Cette objection a porté non seulement contre les biens affectés à l'usage de tous; mais aussi contre le domaine public tout entier.

On a soutenu que le régime de la propriété était inconciliable avec la destination, les caractères et les règles auxquelles est soumis le domaine public. Cette objection est celle qui a provoqué les plus longs développements, les plus ardentes controverses : elle repose sur un postulat : le régime de la propriété auquel on fait allusion est celui de la propriété privée.

I. Que ce régime ne puisse logiquement être appliqué au domaine public c'est là une constatation qui peut paraître superflue, qui en réalité ne l'est peut-être pas lorsque l'on songe à certaines formules employées récemment et d'après lesquelles « la notion d'un domaine public inconciliable avec celle de la propriété privée serait définitivement abandonnée² » La conception d'un domaine public objet de *propriété privée* si elle a été primitivement la conception de l'ancien régime, si elle est encore celle de plusieurs systèmes de droit européens³

1. PELLOUX, *op. cit.*, p. 313.

2. LAROQUE, *Note au S.* 1922.III.65.

3. C'était jusqu'au régime soviétique, le système du *droit russe*. C'est encore celui du *droit allemand* et du *droit anglais*. Les personnes publiques ont sur les choses publiques un droit de propriété qui est le droit de propriété du droit civil. Le droit anglais admet même que les biens publics, par exemple les chemins (*highways*), peuvent être possédés propriétairement par les riverains et soumis seulement à une servitude d'usage public. (Cons. sur ces points : Iskrow, « Nature juridique des choses publiques », *R. D. P.*, 1930, p. 675.)

est depuis longtemps écartée du système juridique français, celui-ci refuse au domaine public la possibilité d'être un objet de propriété privée aussi bien pour les particuliers¹ que pour l'administration².

Dans une récente affaire dont nous avons parlé, le requérant dont l'administration avait révoqué une permission de voirie s'était d'abord adressé au juge des référés pour se placer sous le couvert des lois civiles protectrices des locataires. (*Dlle Taillandier. Juge des référés de Marseille. D. 34, III, 22, col. 1*). Il suffit de constater l'absurdité à laquelle aboutirait l'application de pareilles lois à une institution dominée par la précarité pour sentir que le domaine public ne peut pas être soumis au régime juridique de la *propriété privée*.

Mais l'argument que l'on oppose ainsi tient à un postulat dont on a depuis longtemps souligné le vice fondamental : il suppose qu'il n'existe qu'un type de propriété, la propriété privée. Impressionné par l'influence d'un Code récent, tout le XIX^e siècle a vécu sur ce postulat. On s'est depuis longtemps habitué à chercher, en dehors du code civil et des caractères spéciaux de la *propriété privée* ce qu'il y a d'essentiel, de général dans l'idée de propriété.

II. Or il semble que de plus en plus on aperçoive cet élément essentiel dans un caractère dont le relief s'accuse tous les jours : ce caractère précisément semble à prime abord s'oppo-

1. La jurisprudence judiciaire française avait jadis admis que les canaux concédés bien que faisant partie du domaine public étaient la propriété privée des concessionnaires (*Cass. Req., 11 nov. 1867, S. 68.1.171*). Ce système qui rappelle celui admis dans le droit anglais est abandonné par toute une jurisprudence qui déclare inconciliable sur un même bien l'exercice simultané de la propriété administrative et de la propriété des particuliers. Ce dernier point de vue est très nettement mis en lumière dans un récent arrêt du Conseil d'Etat 13 janvier 1933, *Chemin de fer Paris-Orléans*, D. P. 1934.III.14 : Un particulier ne saurait conserver un droit de propriété sur un bien soumis au régime de la domanialité publique. (Noter cependant que les arbres plantés sur la voie publique sont susceptibles d'une appropriation particulière, les particuliers peuvent en acquérir la propriété par prescription : *Mont-de-Marsan*, 29 nov. 1928 et *Pau*, 12 nov. 1930, D. 34.2.132, *Note Monsarrat*.)

2. La thèse du Domaine public propriété privée de l'administration a jadis été soutenue en France par M. Louis BERNARD (*Du droit de propriété de l'Etat sur les biens du Domaine public*).

ser à la propriété des choses affectées au public ; il constitue certainement pour cette propriété, dans les discussions actuelles, l'objection la plus sérieuse : ce caractère est le *caractère économique* que revêt de plus en plus l'idée de propriété, de plus en plus la propriété apparaît comme un ensemble d'*utilités* procurées par une chose à l'individu qui la détient. Le point de vue qui consiste à la définir par l'énumération des prérogatives qu'elle comporte et qui est le point de vue juridique le cède à celui qui y voit avant tout une richesse, une utilité.

On s'aperçoit en effet que les prérogatives du propriétaire sont essentiellement variables : on s'en est aperçu surtout en constatant combien ces prérogatives ont varié en fait, même pour un type particulier de propriété : la propriété privée¹. Le propriétaire est maintenant celui qui bénéficie de la totalité des services, des utilités que comporte une chose, la propriété devient, pour employer les formules du doyen Duguit « une chose, une utilité, une richesse...elle est une réalité économique non pas une réalité juridique² » ces formules montrent d'une manière saisissante combien le point de vue économique qui est le point de vue des utilités procurées par la chose devient dominant par rapport au point de vue juridique qui est celui des attributs attachés au droit.

Or cette conception a précisément entraîné une nouvelle et grave objection pour la propriété des choses affectées à l'usage de tous. En effet ces biens comportent précisément des utilités, mais ces utilités ne reviennent pas à l'administration ; elles profitent, elles bénéficient au *public*.

Si la propriété est avant tout une richesse, une chose, ces biens ne sont pas la chose de l'administration mais la *chose du public* ; s'il y avait donc un propriétaire ce serait le public lui-même : on peut se demander si ce n'est pas à

1. Sur cette évolution, V. DUGUIT, *Les transformations du droit privé*.

2. Cf. Charmont, *Les transformations du droit civil*, 1912, p. 201. — DUGUIT, *op. cit.*, tome I, p. 445 et suiv. Cf. Sur le point de vue de la propriété conçue comme le droit aux services, aux utilités d'une chose : VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété* (*Rev. trim. du droit civil*, 1905).

cette conclusion qu'aboutissaient jadis certaines formules de Proudhon¹. Cependant le public n'a jamais eu une individualité juridique suffisante pour être considéré sérieusement comme propriétaire. Mais du moins l'administration n'est-elle pas non plus ce propriétaire. Sans doute avec l'extension donnée au domaine public, celui-ci est-il devenu non seulement la *chose du public* mais aussi la *chose des services* et par là, dans une certaine mesure la *chose de l'administration* : et c'est pourquoi l'idée de propriété reste en général beaucoup plus facile à admettre pour les biens affectés aux services que pour les biens affectés à l'usage de tous. Pour ceux-ci l'objection reste entière : les utilités de la chose ne reviennent pas à l'administration mais au public, non seulement l'administration ne peut empêcher le public d'en bénéficier mais son rôle se ramène précisément à garantir, à assurer ce bénéfice. C'est ce qui faisait dire triomphalement au doyen Berthélémy pour écarter la propriété du Domaine : « le *fructus* n'appartient à l'administration qu'exceptionnellement, l'*usus* appartient à tous. »

Ainsi, avec ce point de vue, qui est celui des *utilités procurées* par la propriété à son titulaire il paraît difficile d'admettre la propriété de l'administration sur les biens affectés à l'usage du public ; cette affectation oppose à l'idée de propriété une objection grave.

On a cependant répondu à cette objection et voici comment² :

L'idée des utilités contenues dans la propriété est en effet essentielle mais il faut préciser en quoi consiste exactement le pouvoir exercé par le propriétaire sur ces utilités.

Ce pouvoir est quelquefois conçu comme entraînant l'attribution totale et exclusive de ces utilités au propriétaire ; cette conception paraît bien être celle de la plupart des

1. « C'est l'être moral que nous appelons le public qui est le vrai possesseur des fonds et qui doit avoir au besoin les avantages de la prescription acquiescive du terrain... » (*Traité du Domaine public*, I, n° 204). M. Pelloux pense, cependant que cette formule n'est qu'une métaphore (*op. cit.*, p. 119).

2. BONNARD, *Droit administratif*, 2^e édition, p. 443.

auteurs du droit civil, on la retrouve aussi chez de nombreux théoriciens du droit administratif même dans la doctrine la plus récente : c'est ainsi que M. Jèze écarte pour le domaine public l'idée de propriété parce qu'à son avis « la propriété est l'affectation d'une chose à l'utilité exclusive d'un individu » (*R. D. P.*, 1910, p. 397).

Mais précisément cette conception est, répond-on, trop étroite : elle s'adresse uniquement à un genre de propriété : *la propriété individualiste*. Ce qu'il y a d'essentiel et d'irréductible dans la propriété en général, ce que l'on doit retrouver dans toute propriété se ramène à deux éléments : 1^o la *détention* d'une chose, ce qui constitue l'*appropriation*; 2^o le pouvoir de *choisir librement* le bénéficiaire des utilités que comporte la chose, d'attribuer ces utilités.

Lorsque le titulaire conserve pour lui ces utilités on est en présence de la *propriété individualiste*; lorsqu'il attribue au contraire ces utilités à d'autres tout en conservant la détention de la chose on est encore en présence de la propriété mais d'une propriété d'un type différent : *la propriété sociale*; c'est précisément à ce type de propriété que se rattachent les biens affectés à l'usage de tous, l'administration en est propriétaire puisque c'est elle qui a attribué au public les utilités de la chose et puisque d'autre part elle en conserve la détention, mais cette propriété n'est pas la propriété individuelle puisque les utilités ont été attribuées au public.

Ainsi avec ce point de vue on garde à l'idée des utilités de la chose son importance mais on précise en quoi consiste exactement le pouvoir du propriétaire sur ces utilités. Avec cette précision l'objection tenant à l'attribution des utilités au public se trouve levée.

III. — Mais il nous semble que l'on doit aller plus loin. Est-il bien exact que lorsque l'administration a attribué au public les utilités du domaine elle ne conserve plus sur elles aucun pouvoir? Est-il exact qu'à partir de ce moment et tant que l'attribution est maintenue ces utilités échappent totalement à la *maitrise*, au *pouvoir de l'administration*?

L'évolution actuelle du régime juridique de la voirie oblige, croyons-nous, à répondre qu'il n'en est rien.

On a longtemps considéré que les utilités que peut fournir le domaine public échappaient totalement à l'administration ; celle-ci ne pouvait plus en disposer en aucune façon à partir du moment où le domaine était affecté à l'usage de tous ; la règle de l'*indisponibilité* appliquée avec rigueur s'y opposait absolument : elle s'y opposait d'abord pour les utilités qui découlent normalement de l'affectation même de la chose ; ainsi l'affectation de la voirie à la circulation entraîne pour le public cette utilité de pouvoir circuler, de pouvoir se servir de la voie comme d'un moyen de circulation, l'administration ne peut plus disposer de cette utilité, elle ne peut la retirer au public pour se la réserver ou pour en faire bénéficier un particulier : c'est cette idée que l'on retrouve dans l'inefficacité juridique des concessions à titre exclusif du service public de transports en commun.

Mais il en a été longtemps de même pour les utilités qui ne découlent pas logiquement de l'affectation du domaine. Nous l'avons vu : l'usage anormal, privatif est resté longtemps une utilité économique dont l'administration ne peut pas disposer ; elle ne peut vendre cette utilité à un particulier ; la jurisprudence a même décidé qu'elle ne pouvait l'accorder gratuitement « concéder en jouissance exclusive ce qui est à l'usage de tous » (*Cass. 7 juillet 1869. D. P. 69.1.318*). Ainsi dans ce point de vue toutes les utilités de la chose sont attribuées au public et sur ces utilités ainsi attribuées l'administration ne garde plus aucun pouvoir. Tout son pouvoir se ramène précisément à attribuer ces utilités par l'affectation.

Mais ce pouvoir lui-même est resté longtemps voilé, minimisé par la vieille conception du *domaine public naturel* : là liberté de l'administration de *choisir le bénéficiaire* des utilités est restée comme étouffée par cette idée d'un domaine public par nature, déterminé dans son contenu et dans son régime par la nature des choses. Ce pouvoir de l'administra-

tion y est dominé par une sorte de droit naturel des choses publiques, résultat, a-t-on dit¹, de « cette conception si tenace, rattachée à la vieille idée romaine qu'il existe un droit naturel que la nature a inscrit dans les choses et dont les lois civiles ne sont que la traduction ».

Nous pensons que ces conceptions dont l'ensemble éveillait, il faut l'avouer, contre la propriété des choses affectées au public une prévention assez impressionnante, ont depuis plus ou moins longtemps bien perdu de leur valeur.

1° On n'insiste pas assez en général sur la *liberté* dont jouit l'administration pour affecter ou désaffecter les dépendances du domaine. Cette liberté, qui traduit le pouvoir du propriétaire de déterminer *l'attribution des utilités* de la chose est beaucoup plus large qu'on ne le pense peut-être.

Sans doute ne peut-elle servir à une administration de moyen pour se débarrasser complètement de ses charges financières; l'administration n'est pas entièrement maîtresse de la voirie : le conseil général ne peut déclasser en bloc toutes les routes départementales pour les transformer en bloc en chemins vicinaux (*Ville de Blois*, 19 déc. 1913, *S.* 1915 III, 1); mais c'est qu'il s'agit alors non plus de modifier l'attribution des utilités de la propriété mais de se débarrasser de la propriété elle-même².

Mais la désaffectation d'une voie est une de ces *prérogatives irréductibles* du propriétaire et le Conseil d'Etat a eu l'occasion de nous dire que cette prérogative était des plus *larges*.

1. PELLOUX, *op. cit.*, p. 49.

2. C'est la même raison qui explique que lorsqu'il y a lieu de classer une voie nouvelle ce n'est pas l'administration à qui est attribuée la voie qui est compétente pour opérer le classement : il ne s'agit pas alors de savoir à qui le propriétaire attribuera les utilités de la chose mais qui sera propriétaire.

Il faut ajouter aussi que l'attribution des utilités doit se faire ouvertement, par le procédé de l'affectation ou de la désaffectation. L'administration ne peut pas désaffecter par des procédés détournés, prendre des mesures qui aboutiraient à une désaffectation par exemple interdire la circulation dans une rue (*C. E. Moreaux*, 1911, p. 558 : l'interdiction de la circulation aboutit à une véritable « désaffectation de la voie » qui ne pouvait être prononcée qu'à la suite des procédures régulières). Si le propriétaire est maître des utilités de sa chose, notre droit l'oblige à les attribuer ouvertement, il ignore la désaffectation honteuse ou indirecte.

Dans l'affaire Mariolle du 13 mars 1923 (S. 1925, III, 1) le Conseil déclare que « rien ne s'oppose à ce que le déclassement des rues et places des villes soit prononcé dans un intérêt général autre que celui de la voirie ». Il constate que dans l'espèce le conseil municipal du Havre, en déclassant quatre rues de la ville « n'a eu en vue que la prospérité commerciale et industrielle de la ville et l'intérêt général de la population »; or il s'agissait tout simplement de déclasser ces voies pour les louer à une société privée de chantiers et ateliers. Dix ans avant l'affaire Taillandier, le Conseil nous avertissait que s'il n'était plus loin d'admettre pour le domaine public une gestion imprégnée d'esprit financier, il admettait déjà pour sa désaffectation une politique administrative où le rendement lucratif tenait la plus grande place.

L'aspect financier et économique que prend ainsi par son but le déclassement est significatif : l'affectation et la désaffectation sont des *actes de propriétaire*; elle traduisent le pouvoir du propriétaire d'*attribuer librement les utilités* de sa chose et de se déterminer dans cette attribution par ses intérêts de propriétaire¹.

2° Mais on peut, avons-nous dit, aller encore plus loin. *Durant l'affectation l'adminis ration a-t-elle perdu tout pouvoir sur les utilités de la chose?* Cette question à laquelle la règle sévère de l'indisponibilité obligea longtemps à répondre affirmativement, est, à notre avis, de plus en plus résolue par la négative.

Il faut, à notre sens, distinguer deux sortes d'utilités procurées par les choses affectées à un but, nous avons déjà fait allusion à ces deux catégories : il y a d'abord les utilités qui découlent de l'affectation, qui sont impliquées par cette affec-

1. L'affectation et la désaffectation des dépendances de la voirie est l'œuvre des collectivités propriétaires. On sait qu'il existe cependant une question sur laquelle la position prise par le Conseil d'Etat entraîne la possibilité de changer l'affectation du domaine *sans l'assentiment du propriétaire*, c'est la position prise par le Conseil sur la question des mutations domaniales. Elle est généralement critiquée (sur sa critique du point de vue du droit du propriétaire de choisir librement le bénéficiaire des utilités, v. BONNARD, *op. cit.*, p. 448). Cf. sur la question M. WALINE, *Les mutations domaniales*.

tation, appelons-les *utilités normales* pour souligner que c'est en faisant du domaine un usage normal, conforme à sa destination que les particuliers bénéficient de ces utilités. Il existe d'autre part des *utilités que l'affectation n'attribue pas au public*; l'affectation de la voirie au public, n'entraîne pas pour lui le pouvoir de s'approprier l'herbe qui pousse sur les accotements des routes, ni le pouvoir d'établir des installations sur la voie pour les besoins d'une industrie. Ces utilités ne sont pas attribuées au public, celui-ci ne peut les retirer qu'en faisant de la voie un usage anormal. Or la jurisprudence affirme maintenant que ces utilités appartiennent à l'administration, que celle-ci peut se les réserver pour elle ou en disposer au profit des particuliers moyennant le paiement d'un prix : en décidant dans l'affaire Piccioli (17 janv. 1923, S. 1925.III,17) que le charbon découvert dans le port d'Oran par des concessionnaires de travaux publics devait revenir à l'administration, en reconnaissant maintenant à l'administration le pouvoir d'accorder sur la voirie des permissions d'occupation et de les faire payer. le Conseil d'Etat met tous les jours en lumière cette idée que la *totalité des utilités n'appartient pas au public*, qu'il en est certaines que l'administration conserve pour elle, dont elle peut bénéficier directement ou qu'elle peut vendre au public.

Ce premier point de vue est pour l'idée de propriété, important : il est paradoxal que MM. Duguit et Jèze, qui ont pourtant nié énergiquement la propriété de l'Etat sur le domaine public aient contribué à mettre en lumière cette idée de propriété, il nous semble pourtant que c'est là le résultat de certains de leurs travaux : S'il est vrai, pour employer les formules du doyen Duguit que la propriété n'est pas « un droit, une réalité juridique... mais une réalité économique, une chose, une utilité, une richesse » il paraît bien difficile à l'heure actuelle de ne pas voir dans le domaine public cette utilité, cette richesse. S'il fallait une démonstration de cet aspect que prend le domaine il suffirait de lire les pages remarquables que M. Jèze a consacrées à la permission de

voirie¹, il y est lumineusement montré que lorsqu'elle accorde, refuse, retire des permissions de voirie l'administration ne fait pas de la police mais gère une richesse économique et « cherche à faire une affaire ».

Il faut donc noter d'abord que, même durant l'affectation l'administration conserve certaines utilités de la chose ; celles-ci ne sont pas toutes attribuées au public.

Mais ce n'est pas tout, l'évolution actuelle du droit permet d'aller plus loin, elle met en relief un point de vue qui jusqu'ici n'avait peut-être pas été très clairement aperçu parce qu'il ne se manifestait guère ; c'est lui qui constitue essentiellement l'objet de cette deuxième partie de notre thèse. Voici de quoi il s'agit :

Si le *pouvoir d'affecter et de désaffecter*, trait essentiel de la propriété est, depuis longtemps, assez nettement dégagé — si, d'autre part, l'évolution de la permission de voirie marque depuis de nombreuses années d'une manière plus ou moins avouée la mainmise de l'administration sur les *utilités de la chose qui ne sont pas comprises dans l'affectation*, il y avait au moins toute une catégorie d'utilités qui échappaient totalement, rigoureusement, au pouvoir administratif, dont le pouvoir administratif ne pouvait plus disposer en aucune manière : c'étaient les *utilités qui étaient attribuées au public*, que le public retirait du domaine en l'utilisant normalement. Nous nous sommes demandé si cette idée est toujours bien exacte : les transformations récentes qu'ont introduites dans notre droit les problèmes soulevés par l'automobilisme prouvent qu'il n'en est rien : il n'est pas vrai que les utilités ainsi attribuées au public échappent désormais totalement à la maîtrise, au pouvoir de l'administration ; *même sur les utilités « normales »* l'administration garde un certain pouvoir, elle peut encore, sous maintes formes, en disposer :

1. V. *Principes généraux du droit administratif*, III, *loc. cit.*

Cf. *Revue du Droit public*, 1922, p. 410. Il faut lire surtout la note de la page 410 où M. Jèze souligne le côté « affaire » de la permission de voirie.

a) Les règles de *l'intervention financière* à l'égard de certains *usagers communs* de la voie montrent que l'administration peut quelquefois *faire payer* cet usage commun et normal.

Cela signifie qu'elle n'a pas perdu toute mainmise sur les utilités attribuées au public : elle peut encore en disposer moyennant finances, se réserver sur ces utilités, dont elle avait la propriété primitive, sa part de profit.

b) Les règles de *l'intervention économique* montrent d'abord que l'Administration peut imposer à certains *usagers communs* une certaine *direction* à leur utilisation du domaine, les obliger à l'utiliser d'une certaine manière.

Cela signifie qu'elle n'a pas perdu tout contrôle sur les utilités attribuées au public : elle peut obliger les particuliers à exploiter ces utilités dans un certain sens.

c) Enfin et voici qui est encore plus révélateur : l'administration peut parfois *empêcher* les particuliers d'utiliser normalement la voirie, de faire de la voirie un certain usage particulier mais qui est un usage normal : elle peut *se réserver cette utilisation* pour elle ou pour un concessionnaire.

Cela signifie qu'elle n'a pas perdu tout pouvoir sur les utilités attribuées au public : elle peut les lui retirer soit pour se les réserver, soit pour en disposer au profit de certains individus.

Ces différentes manifestations du pouvoir que garde l'Administration sur les utilités attribuées au public apparaîtront dans les développements qui vont suivre. Ces développements sont consacrés aux interventions des agents publics qui, bien que s'adressant à l'usage commun et normal de la voirie, ne peuvent plus à l'heure actuelle s'expliquer à notre avis que par *l'idée de propriété*. Ils ont pour but de mettre en lumière cette idée que nous voulons démontrer :

Propriétaire de la voirie, l'administration doit toujours et quel que soit l'utilisateur auquel elle s'adresse, tirer les conséquences logiques de son droit de propriété, pourvu que ces conséquences ne contredisent pas le but auquel est affectée la voie publique.

CHAPITRE II

LA PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE DE LA VOIRIE ET LA POLICE DE LA CONSERVATION

L'expression « police de la conservation » a un sens très général; elle désigne tous les actes des agents publics dont le but direct est la protection du domaine dans son intégrité matérielle.

Dans un sens plus étroit, elle désigne les mesures que les agents publics prennent à l'égard de l'usage commun, ordinaire des voies publiques, pour réglementer, limiter cet usage dans l'intérêt de la protection matérielle des voies.

C'est essentiellement de ces dernières mesures dont nous allons parler ici. Il s'agit de rechercher quel est le *fondement* de cette police de la conservation pour établir qu'elle n'est qu'une manifestation du droit de propriété de l'administration.

La police de la conservation soulève deux problèmes qu'il convient de rappeler :

1^o Le premier touche l'objet des mesures prises par les agents publics; il revient à se demander quel moyen ceux-ci peuvent employer en vue de limiter l'usure que cause à la voie son usage normal, jusqu'à quel point il peut être, en vue de ce but, apporté des restrictions à cet usage.

Ce premier problème ne donne pas lieu à de grosses difficultés. Sa solution comporte deux éléments de réponse :

Cette solution est d'abord commandée par les caractères généraux et les règles de toute intervention administrative sur la voirie, ces règles sont les mêmes que celles étudiées

dans la première partie de notre thèse, en principe l'administration peut seulement *réglementer*¹ mais on a vu que depuis quelques années elle tendait de plus en plus à soumettre les véhicules lourds à des *régimes d'autorisation* ou d'*interdiction* aussi bien dans l'intérêt de la voirie que dans celui de la circulation².

D'autre part l'intervention administrative a, dans notre matière, une autre limite; elle tient aux règles positives qui lui sont imposées par le législateur depuis 1851. Nous avons dit que la loi du 30 mai 1851 était toujours en vigueur; cette loi dans son article 1 proclame la liberté absolue de la circulation sans aucune *limitation de poids*; il y a là une limite positive imposée à l'intervention administrative; cette limite concerne uniquement un procédé : l'établissement de maxima absolus de poids³. Ce procédé est interdit aux agents publics sur les voies qui sont régies par la loi c'est-à-dire uniquement sur les routes nationales et départementales et sur les chemins vicinaux de grande communication⁴.

De pareilles mesures ne pourraient être établies que par le législateur. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en fait; la lourdeur des dépenses entraînées pour la voirie par le développement intense de la circulation a imposé une intervention générale : Le décret-loi du 30 juin 1934⁵ en dehors de limitations qu'il apporte aux dimensions des véhicules, établit un maximum absolu de prise de charge de 15 tonnes et un maximum de poids total moyen par mètre de longueur de 2 tonnes.

1. Le code de la route régit assez minutieusement la forme des roues, des bandages, des clous et autres saillies (Décret du 21 déc. 1922, art. 2).

2. V. ci-dessus I^{re} Partie, Titre II, Ch. II.

3. C. E., 29 juillet 1921, *Syndicat général des Transports publics automobiles de France*, D. P. 1928.III.45. « Le principe ainsi établi s'oppose à l'établissement de maxima de poids absolus au delà desquels la circulation des véhicules automobiles est interdite... il ne s'oppose pas à ce que le préfet de police ordonne comme il l'a fait que la charge par centimètre de largeur ne dépasserait pas 150 kilogrammes... » Il est admis également que l'administration peut établir dans l'intérêt de la voie des maxima de vitesse variant d'après le poids des véhicules : à maintes reprises des arrêtés ministériels ont établi de pareilles mesures.

4. C. E. 29 juillet 1921 (*id.*).

5. CONS. MARCEL PESCHAUD, *La restauration des chemins de fer et la coordination des transports. Revue pol. et parl.*, 10 octobre 1934, p. 64 à 67.

2° Mais l'intervention que nous étudions pose un deuxième problème, beaucoup plus délicat bien qu'on ait en général l'habitude de lui donner une réponse facile.

Comment s'expliquer que les agents publics puissent ainsi intervenir, prendre des mesures en vue de protéger la voie ?

En vertu de quel pouvoir, à quel titre prennent-ils ces mesures ?

Ce problème touche intimement au but de l'intervention.

a) Il y est généralement et traditionnellement répondu de la manière suivante : L'administration poursuit un *but de police* ; lorsqu'elle impose aux véhicules une limitation de poids, elle poursuit exactement la même but que lorsqu'elle leur impose une limitation de vitesse ; dans les deux cas, le principe de son intervention est le même ; elle agit en vertu de son pouvoir de prendre à l'égard de la voirie des mesures de police. Cette intervention est donc, dans la classification que nous avons dégagée, une *intervention administrative*, plus exactement *une intervention de police*.

b) Mais il semble que depuis quelque temps, et peut-être sous l'influence de certaines décisions jurisprudentielles dont on fait état bien qu'à notre avis elles ne comportent rien de bien nouveau, une autre explication se fasse jour : l'administration interviendrait au moins dans certaines hypothèses, en vertu de son *pouvoir de tirer des revenus de son domaine*, parce que le domaine est devenu pour elle une propriété de rapport ; ce pouvoir de se procurer des ressources implique d'abord un aspect négatif . la première condition pour que le domaine soit une source de revenus est qu'il ne soit pas d'abord une source de dépenses. C'est en vertu de ce pouvoir financier que l'administration pourrait intervenir. Les mesures de conservation feraient donc, au moins dans certains cas, partie non de l'intervention administrative — mais de l'*intervention financière*.

c) Nous pensons que la première explication ne peut pas être retenue, l'explication de la police, imposée à une époque où toute intervention se ramenait à de la police, est insuffisante. Il y a dans la deuxième idée, à notre avis une grosse

partie d'exactitude : c'est en vertu de son *droit de propriété* que l'administration prend des mesures en vue de défendre matériellement son bien. Mais en revanche, et c'est là que la deuxième explication est excessive, ce n'est pas dans un but financier qu'intervient l'administration; l'intervention reste *administrative*, elle ne devient pas une intervention financière.

Ce sont ces trois explications de ladite police de la conservation qu'il faut examiner :

l'explication par le *pouvoir de police*.

l'explication par le *pouvoir financier*.

l'explication par le *droit de propriété*.

§ I. Le pouvoir de police.

L'explication par le pouvoir de police est traditionnelle. Elle se traduit dans l'expression usuelle : *police de la conservation*; la théorie traditionnelle admet, en effet, que la police des voies publiques se divise en deux interventions, justifiées toutes deux par le même principe : police du roulage ou de la circulation — police de la voirie ou de la conservation¹.

Les mesures prises en vue de la conservation de la voie seraient ainsi justifiées par le pouvoir de police qu'exercent les agents publics.

Cette justification ne peut pas être retenue car elle suppose une notion déformée du pouvoir de police.

I. La notion ordinaire de police.

Le mot police à deux sens : un sens *formel* et un sens *matériel*.

1° Dans la notion formelle, on désigne par police un ensem-

1. V. REP. BÉQUET, v° *Voirie*. — Cf. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., p. 704 : «... Police du domaine public : Il s'agit de tout ce qui est police de la conservation du domaine public et en même temps de tout ce qui est police de l'usage du public... il y a lieu de distinguer la police du roulage qui est une police de la circulation et la police de la voirie proprement dite qui est une police de la conservation du domaine... »

ble de mesures prises par les agents publics et présentant certains caractères.

Ce caractère est traduit d'abord par l'*aspect préventif* des mesures prises, cet aspect oppose la police administrative à la police judiciaire, constituée par des mesures répressives, nous avons nous-même retenu ce premier caractère lorsque nous avons défini la notion de régime de police.

Cette définition formelle peut encore s'attacher aux sanctions dont les mesures de police sont assorties : sont des mesures de police celles qui sont assorties de certaines *sanctions spéciales*, en particulier d'une sanction pénale, par opposition aux procédés de la gestion privée¹.

Il est évident que, si l'on s'en tient à cette première acception, les mesures de conservation sont des mesures de police : elles sont *préventives*, elles sont assorties de la *sanction pénale* que comporte tout règlement de police, leur violation donne lieu en outre à des sanctions spéciales mi-pénales, *mi-réparatrices*.

Mais il est évident aussi que cette définition purement formelle est insuffisante, la police est une notion qui ne peut être définie uniquement par le caractère et la sanction juridique des procédures qu'elle emploie.

2° La *notion matérielle* de la police a donné lieu à de nombreuses définitions dont il ne nous est pas possible d'entreprendre une discussion complète; cette discussion n'est au surplus peut-être pas nécessaire car si l'on n'est pas toujours d'accord sur une définition précise il y a cependant une conception assez générale qu'il est facile de dégager². Cette con-

1. Ce caractère est largement utilisé par M. Alibert dans une note importante (S. 1930.III.1) dans laquelle il fait du pouvoir de police le critérium de la domanialité publique. Il faut rappeler que la sanction pénale ne peut pas suffire à définir la notion de police car elle ne concerne que les règlements. D'ailleurs une sanction attachée par la loi (art. 471, 15° Code pénal) à une activité quelconque ne peut pas suffire à définir cette activité.

2. Il faut, cependant, mettre à part certaines définitions notamment celle de M. Hauriou. Sa définition qui ramène la notion de police à la notion même de service public, outre qu'elle a été l'objet de nombreuses critiques (v. notamment : DUGUIT, *op. cit.*, III, p. 607, cf. BONNARD, *op. cit.*, 1^{re} éd. p. 397) ne résout pas la difficulté dont nous nous occupons : il s'agirait précisément de

ception définit la police par *le but poursuivi*¹; elle explique ainsi la compétence des autorités de police comme le pouvoir de poursuivre certains buts.

La police est l'intervention qui a pour but d'assurer l'*ordre public*. En précisant cette notion d'ordre public on distingue généralement la *sécurité*, la *tranquillité*, la *salubrité*.

Cette définition qui est sous une forme plus ou moins nette, la plus généralement adoptée², a le mérite d'être précise, claire, de s'accorder parfaitement avec la jurisprudence en matière de police, notamment avec la jurisprudence de la police municipale — et aussi avec la plupart des textes de loi qui ont organisé les différents pouvoirs de police³.

En tout cas que l'on s'en tienne à l'idée générale de l'ordre public ou que l'on précise cette idée, il est certain que la notion traditionnelle de la police est impuissante à expliquer la prétendue « police de la conservation ».

Sans doute dans certains cas la réglementation à laquelle sont soumis certains véhicules a-t-elle un but de police; les véhicules dont le poids est une menace pour l'état de la voie sont souvent en même temps par leurs dimensions une entrave à une circulation facile, c'est quelquefois cette circonstance

savoir si les mesures de conservation de la voie ont bien pour but d'assurer un service public, question qui sera examinée plus loin au texte lorsque nous discuterons l'opinion soutenue par M. Jèze.

1. C'est la seule méthode pour une bonne définition de la police (v. sur ce point, BONNARD, *op. cit.*, 2^e éd., p. 318) : la police ne peut se définir par les actes juridiques au moyen desquels elle se réalise; ces actes très divers, actes-règles (règlements de police), actes-conditions (autorisations), actes subjectifs (injonctions) n'ont pas une nature juridique spéciale qui permette une définition matérielle. Leur seul caractère distinctif réside dans l'aspect préventif et dans les sanctions organisées par la loi ce qui ne peut donner lieu qu'à une définition purement formelle.

2. V. par exemple, DUGUIT, *op. cit.*, tome IV, p. 728 : « ...Intervention par voie préventive pour assurer la sécurité, tranquillité et salubrité publique. » BONNARD, *op. cit.*, 2^e éd., pp. 319 et suiv.

ROLLAND, *Précis de droit administratif*, p. 309.

Le doyen Berthélemy donne une définition générale de la police rattachée à l'ordre public et à « l'exécution des lois ». Plus loin il ajoute au moins pour les polices locales les idées de sécurité et de salubrité (*op. cit.*, 13^e éd. pp. 267 et suiv.)

3. L. du 14 déc. 1789, 16-24 août 1790 — et surtout l. du 5 avril 1884, art. 97.

De même la loi du 21 juin 1898 sur la police rurale adopte les idées de sécurité et salubrité publiques.

qui leur vaut l'intervention des agents publics¹. Mais dans de multiples cas le motif de l'intervention n'est pas la menace à la commodité du passage mais la menace à l'intégrité de la voie, le but de la mesure est la *protection de la voie*. On a bien parlé dans ce cas d'un « élargissement de la notion de sécurité publique », nous pensons qu'à moins de dénaturer complètement cette notion aussi bien que celle plus vaste et aussi plus vague de l'ordre public il est impossible d'y faire rentrer la protection de la voie; l'intégrité matérielle de la voie ne peut pas rentrer en elle-même, directement, dans la notion de police.

II. La destination de la voirie.

Aussi a-t-on donné des mesures de conservation une explication qui, bien que très voisine, est cependant un peu différente : cette conception du rôle de l'administration ramenée aux pouvoirs de police est, a-t-on dit, trop étroite.

Il faut partir en réalité de la *destination de la voie publique*, ou mieux encore du *service public des communications* auquel est affectée la voie. Les agents publics ont tous les pouvoirs nécessaires pour assurer la destination des biens, pour faire fonctionner régulièrement, normalement, le service public des communications; les pouvoirs de police organisés avec leur but précis au profit des maires par la loi de 1884 ne sont que des moyens techniques qui existeraient même s'ils n'étaient pas prévus par une loi, en vertu de ce principe que les agents publics sont toujours compétents pour assurer un usage des choses publiques conforme à leur affectation². Pour

1. V. par exemple : 31 juillet 1921 (*précité*). Le Conseil d'Etat constate que « le préfet de police a réglementé la circulation des véhicules de poids lourd dont le mode de suspension et la vitesse lui paraissent de nature à compromettre la sécurité et la commodité du passage ». cf. *Mis* (*précité*) : interdiction à certaines heures de la circulation des camions dans une rue de Toulon très fréquentée.

2. On reconnaît la méthode générale de raisonnement de l'école dite réaliste. L'argumentation que nous résumons au texte a été développée par M. Jèze dans deux commentaires d'arrêts :

Nature juridique du droit du public sur les routes et chemins R. D. P. 1915, p. 466.

Du droit des individus de se servir des dépendances du domaine public R. D. P. 1910, p. 700.

assurer l'affectation des routes et chemins les agents publics peuvent procéder : 1^o à des mesures de police générale ; 2^o à des *mesures de conservation de la chose*.

Ainsi les mesures de conservation seraient des mesures prises pour *assurer l'usage du public*, elle auraient, en effet pour but de maintenir la voie en état pour cet usage. Il serait dès lors inutile de chercher ailleurs en vertu de quel pouvoir interviennent les agents publics : c'est en vertu de leur pouvoir d'*assurer la destination des choses publiques* ou si l'on veut, d'après une conception que nous avons critiquée, d'*assurer le fonctionnement des services publics*.

On peut répondre à cette manière de raisonner que les agents publics n'ont le pouvoir d'intervenir pour assurer l'usage du public que lorsque les mesures prises sont vraiment *nécessaires* pour assurer cet usage, ils ne peuvent empêcher une activité de s'exercer librement que lorsque l'activité, telle qu'elle prétendait s'exercer, contrariait l'usage normal de la voie, c'est alors et alors seulement qu'ils peuvent être considérés comme assurant cette destination ; ainsi lorsqu'on impose à la circulation un sens unique c'est que la circulation dans les deux sens apporterait une entrave à l'usage facile normal de la voie, le seul moyen d'assurer cet usage est de le limiter.

On ajoute bien que lorsqu'on limite le poids des véhicules admis sur un chemin c'est que la circulation de véhicules lourds tend à détériorer le chemin, à le mettre hors d'état de permettre un usage facile. Seulement on oublie que pour maintenir la voie dans cet état l'administration à un autre moyen qui rentre précisément dans sa mission : c'est d'assurer l'entretien par des *réparations suffisantes*.

L'objection n'a pas échappé et on a essayé d'y répondre. Déjà dans son rapport sur la loi de 1851 M. Ducos justifiait la police de la conservation par une formule qui est restée connue : « Les routes sont faites pour la circulation et la circulation doit être réglée de façon à ne pas compromettre l'existence ou le bon entretien des routes. »

Mais c'est surtout à deux notes d'arrêt de M. G. Monsarrat¹ que l'on doit sur ce point une argumentation serrée et précise :

M. Monsarrat reconnaît la valeur de l'objection dont nous avons fait état ; aussi, pour lui, la mesure de conservation ne peut s'expliquer et se justifier qu'à deux conditions : il faut que l'activité que l'administration veut interdire ou limiter soit susceptible de causer des dégradations matérielles suffisamment graves pour *mettre la voie hors d'état de servir normalement*, pour constituer une menace à la sécurité, il faut, d'autre part, qu'il soit *impossible* d'y porter remède en temps utile par des réparations appropriées².

Ainsi avec ce point de vue la mesure de conservation s'explique juridiquement sans difficulté, elle se rattache à l'exercice d'un pouvoir qu'il est facile de reconnaître : soit le *pouvoir d'assurer la destination des choses publiques*, puisque l'usage que l'on interdit a pour effet d'empêcher cette destination et que le seul moyen d'y remédier est de l'interdire. Soit, si l'on préfère, le *pouvoir de police*, car avec cette conception il est possible, et c'est là le point de vue essentiel de M. Monsarrat, de « considérer les mesures prises comme des mesures de police » ; la mesure prise a bien pour but la protection de la voie mais cette protection n'est que le moyen indispensable pour réaliser un autre but : la commodité et la sécurité du passage.

Le point de vue est, on le voit, solide ; il est aussi un peu *étroit* ; il reste à savoir s'il n'est pas précisément trop étroit pour contenir et expliquer tous les faits d'intervention que comporte à l'égard de l'usage commun de la voirie ce qu'on a l'habitude d'appeler la police de la conservation.

1. D. P. 1928, III, 48 — D. P. 1930, I, 27.

2. « Lorsqu'il est péremptoirement démontré que la circulation de certains véhicules dégrade et détériore les chaussées de manière à les rendre difficilement accessibles aux autres véhicules ou pratiquement irréparables, cette circulation peut être interdite ou réglementée... au nom de la liberté ou commodité du passage qui seraient compromises » (D. P. 28, III, 48) cf. D. P. 32, I, 27 : « ..Il faut que la circulation entraîne des dégradations tellement graves et profondes que les chemins seraient mis dans un état de viabilité qui rendrait la circulation des autres véhicules difficile ou dangereuse. »

Constatons d'abord que *certaines mesures de conservation* peuvent bien s'expliquer par la théorie de M. Monsarrat et que, d'autre part, *certaines formules de la jurisprudence* semblent lui donner raison :

Souvent l'intervention administrative vise *spécialement* un ouvrage d'art, une voie qui, étant donné leur état matériel, ne pourraient impunément supporter un usage quelconque; le Conseil d'Etat a ainsi déclaré réguliers : la limitation du poids des véhicules admis à circuler sur un pont¹, l'interdiction temporaire du passage de véhicules lourds sur « un chemin de construction récente et dont les remblais sont encore insuffisamment tassés² ».

Il n'y a guère de difficulté à admettre que dans ces cas l'intervention des agents publics est nécessaire et par conséquent justifiée pour assurer l'usage normal d'un bien, usage qui serait compromis sans cette intervention; on comprend que le Conseil d'Etat puisse viser l'article 97 de la loi municipale qui confie au maire le soin d'assurer la commodité et la sécurité du passage sur les voies publiques.

D'autre part, certaines *formules* de la jurisprudence paraissent apporter à la théorie du pouvoir de police un argument sérieux :

Saisi le 22 avril 1921 (p. 390) de la réglementation par le maire de Marseille de la circulation des camions lourds, le 18 mars et le 6 mai 1932 (S. 32.III.103) des arrêtés des maires de Royan et de Pierrefitte interdisant sur certaines voies le passage des véhicules d'un certain chargement ou d'un poids supérieur à 3 tonnes, le Conseil d'Etat déclare les mesures correctes parce que prises « en vue d'assurer la *sécurité* et la *commodité* du passage ». La formule semble indiquer que le but

1. C. E. Vermot 1923 p. 441.

2. *Ratto*, 6 janv. 1933, S. 1933. III, 45 : « Les dispositions par lesquelles le maire de Maison-Carrée a limité le poids des véhicules admis à circuler sur un chemin de construction récente, de peu de largeur et dont les remblais sont encore insuffisamment tassés n'ont dans les circonstances de l'affaire aucun caractère abusif. »

Bagnolel, 29 janv. 1926, D. P. 1928, III, 48 : Il s'agit d'un chemin en sol naturel reposant directement sur la glaise.

de conservation n'est pas par lui-même légitime, que la protection de la voie n'est justifiée que lorsqu'elle est nécessaire dans un *but de police*; c'est bien là l'idée défendue par M. Monsserrat; les arrêts que nous citons portent à croire que c'est aussi celle du Conseil d'Etat.

Ce serait là une erreur; nous n'en voulons pour preuve qu'un récent arrêt du Conseil (*Ramel*, S. 1933, III, 45) dont la *formule* est décisive : l'administration ne peut agir qu'en vue « *soit de la commodité de la circulation, soit de la conservation de la voie* ». En réalité lorsqu'on examine de près les décisions de 1921 et de 1932 les termes employés par le Conseil s'expliquent parfaitement : c'est que sur certaines voies le maire ne possède que la *police de la circulation*, non celle de la conservation, il est bien évident que sur ces voies des mesures ayant pour effet la protection de la voie ne sont régulières que si cet effet n'est qu'un résultat, si le but est un but de police de la circulation; or c'était bien le cas des espèces citées¹.

Mais il y a surtout de nombreuses *hypotheses* que l'idée de police, même précisée comme elle l'est, est impuissante à expliquer; il s'agit de tous les cas où l'administration prend une *mesure générale* de protection de ses voies publiques où l'on sort de la réglementation visant une voie pour rentrer dans le cas des mesures générales visant tous les chemins de la commune; il n'est vraiment plus possible dans cette hypothèse de dire que l'utilisation mettrait les voies hors d'état de servir sans que l'administration pût y remédier par des réparations; celle-ci apparaît bien alors comme un *propriétaire* pratiquant une politique générale de défense de son patrimoine :

Un arrêt Rolquin (5 juin 1931, S. 32, III, 69) déclare légale la limitation à 70 kilogrammes de la pression maxima par

1. Le 1^{er} arrêt visait les chemins vicinaux ordinaires. Or la jurisprudence estimait que le maire a sur ces voies la police de la circulation mais non celle de la conservation (v. plus loin nos développements au texte).

Les deux autres décisions concernent des voies publiques urbaines; le maire n'a en général sur ces voies des pouvoirs de police « qu'en ce qui concerne la police de la circulation (L. 5 avril 1884 art 97).

centimètre pour toutes les voitures de transport en commun ; sans doute le Conseil parle-t-il d'une « usure anormale de la route » ce qui pourrait expliquer la décision par la jurisprudence déjà analysée des utilisations anormales. Mais les tribunaux ont toujours admis, dans les cas où la loi de 1851 ne s'applique pas, le pouvoir des autorités administratives de limiter le poids de véhicules sur tous les chemins de la commune : D'après M. Monsarrat de pareilles mesures étaient autrefois considérées comme illégales, mais les arrêts qu'il cite annulent les arrêtés des maires pour de tout autres motifs : soit mobile financier (*Cass. 18 janv. 1906*), soit incompétence (*4 sept. 1847, D. P. 47.1.303* : « Attendu qu'aucune loi n'accorde au maire le droit de réglementer la police du roulage sur les chemins vicinaux. »).

En tout cas des décisions plus récentes ne laissent aucun doute à ce sujet :

La Cour de cassation déclare légal l'arrêté d'un maire limitant le poids total des véhicules admis à circuler sur un certain nombre de chemins, la Cour constate que l'arrêté a été pris dans l'intérêt général de la circulation et *de la conservation* (9 mars 1929, *D. P. 30, I, 28*).

Le Conseil d'Etat mis en présence d'un arrêté du préfet de police limitant sur toutes les voies le poids total des voitures annule l'arrêté uniquement « en tant qu'il s'applique aux voies régies par la loi de 1851 ». Cette décision fait partie de la série des arrêts annotés par M. Monsarrat ; elle est assez gênante si on considère les arrêtés limitant les poids comme « de véritables mesures de police » justifiées seulement dans la mesure où elles sont nécessaires pour assurer l'usage normal du public.

Aussi peut-on être tenté de penser que certaines de ces décisions introduisent sur la voirie des considérations nouvelles d'où l'intérêt financier n'est pas toujours absent, c'est bien là ce que certains semblent estimer.

§ II. Le pouvoir financier.

I. Il semble bien que, depuis quelque temps, on se plaise à voir sous un angle nouveau ce que l'on appelle traditionnellement la « police de la conservation ». Sans doute le point de vue nouveau dont nous parlons n'a jamais, à notre connaissance, été développé d'une manière précise; il est cependant possible d'en découvrir quelques éléments¹; voici, en les rapprochant et en les précisant, à quel point de vue ces éléments pourraient, nous semble-t-il, aboutir :

Ce point de vue consisterait à voir la police de la conservation sous l'angle du *pouvoir financier*; il traduirait là certaines tendances nouvelles en matière domaniale.

L'usage de la voirie était jusqu'ici dominé par le *principe de la gratuité* : dans l'administration de la voie publique les agents publics ne pouvaient pas s'inspirer de mobiles financiers, en particulier chercher à tirer des revenus de la voirie.

Or l'usage de la voirie ne serait plus tellement dominé par ce principe de gratuité; le domaine public apparaîtrait de plus en plus comme une propriété de rapport que l'administration chercherait à exploiter; cela se traduirait par le fait qu'elle pourrait en tirer des revenus donc régler son usage en vertu de son *pouvoir financier*.

Mais ce principe du pouvoir financier étant admis, il n'est pas nécessaire de le limiter à cette conséquence qui consiste à pouvoir tirer des revenus de la voirie.

En effet, que comporte, en général, ce pouvoir financier? Il comporte d'abord ce pouvoir qui est généralement celui sur lequel on insiste le plus : le pouvoir d'exploiter, de tirer des revenus, de faire des recettes.

Mais ce premier pouvoir n'est qu'un aspect du pouvoir financier, le pouvoir financier vu du côté *recettes*; ce n'est pas

1. V. L. GOIDENBERG, *article précité*, p. 9 — et surtout un article de M. BURDEAU paru dans la revue *La Toque*, de janvier 1934.

Adde sur le rapprochement général de la voirie et de la propriété privée : LAROQUE. *Note au S.* 1932, III, 65.

le seul pouvoir qui soit impliqué par le pouvoir financier; il y a aussi un pouvoir orienté du côté *dépenses* que l'on met généralement moins en évidence.

Vu du côté dépenses, comment se présente le pouvoir financier?

Il consiste d'abord à pouvoir *faire une dépense*; mais dès lors il semble que l'on puisse aussi lui rattacher un pouvoir inverse : le pouvoir d'*éviter une dépense*.

Il y aurait ainsi un exercice du pouvoir financier tendant à éviter une dépense et comme le pouvoir financier en général est maintenant admis pour la voirie (en vertu de son caractère de propriété) l'intervention de l'administration sur la voirie pourrait avoir pour but d'éviter une dépense : c'est précisément cette intervention qui constituerait la *police de la conservation*; elle tendrait à éviter que les usagers n'accroissent les dépenses d'entretien de la voirie.

II. Cette opinion paraît s'appuyer sur des arguments assez sérieux. Le premier, dont elle fait d'ailleurs grand état, est la *formule* qu'emploient certaines décisions récentes qui semblent tenir moins de rigueur aux considérations pécuniaires et dans lesquelles, dit-on, « la notion de sécurité publique en vient à recouvrir dans une certaine mesure la notion d'intérêt financier¹ ».

Dans l'arrêt Ratto, déjà cité, du 6 janvier 1933 le Conseil d'Etat déclare que « la circonstance que l'arrêté aurait pour effet d'alléger les dépenses de la commune n'est pas de nature à le faire regarder comme entaché de détournement de pouvoir », il ajoute que la mesure est correcte comme ayant été prise « dans l'intérêt général », formule assez troublante si l'on songe à l'élargissement singulier que subit cette notion d'intérêt général, notamment à l'aspect financier dont le revêt de plus en plus la jurisprudence des permissions de voirie.

1. Goldenberg, *art. précité*, p. 6.

Dans l'arrêt du 9 mars 1929 la Cour de cassation écarte du débat une lettre du maire reconnaissant l'intérêt financier de sa réglementation.

Mais surtout, à notre avis, cette opinion trouve un soutien dans les *préoccupations* qui en notre matière s'imposent de plus en plus aux administrateurs : le caractère de plus en plus coûteux de l'entretien des routes, l'accroissement inquiétant des dépenses de voirie, l'intensité croissante de la circulation en face des difficultés irritantes des budgets mettent en lumière l'aspect financier que prend fatalement la question de la protection des voies publiques ; ils obligent à revenir sur le libéralisme et sur cette rigueur impitoyable avec laquelle on dressait jadis entre la police de la route et l'intérêt financier une muraille infranchissable.

Il est impossible de ne pas voir avant tout des préoccupations de cet ordre à l'origine du *décret-loi du 30 juin 1934* ; sans doute l'exposé de motifs paraît donner raison aux conceptions de M. Monsarrat puisqu'il constate que « si les limitations de poids prévues n'étaient pas apportées immédiatement l'aménagement du réseau routier deviendrait rapidement insuffisant », il n'en reste pas moins que le décret-loi a eu essentiellement pour but de *réduire les charges financières de l'Etat* ; si ce n'était pas assez pour s'en convaincre que de constater à la suite de quelles préoccupations il a été pris¹, il y aurait encore un argument juridique décisif : c'est que le législateur n'a précisément donné compétence au gouvernement que dans la limite où les mesures prises par celui-ci tendraient à « *réduire les charges financières de l'Etat* ».

III. Et, cependant, il n'est pas possible d'admettre l'explication par l'intervention financière ; telle quelle, elle est certainement excessive ; elle se heurte en effet pour les mesures prises par les agents administratifs à une règle fortement établie et dont il est impossible de voir dans les décisions les

1. V. un écho de ces préoccupations dans le discours du président Doumergue à l'ouverture de la session de 1934 du Conseil national économique.

plus récentes un symptôme d'abandon : la jurisprudence a toujours distingué entre la mesure de conservation et la *mesure financière*; elle annule la mesure prise en vue de limiter les dépenses d'entretien. Cette jurisprudence traditionnelle du détournement de pouvoir serait-elle abandonnée ?

Rien ne permet de le dire : l'arrêt *Ratte* que l'on cite souvent ne fait que reproduire, textuellement, ce qui arrive dans la jurisprudence du Conseil d'Etat chaque fois qu'il entend ne pas changer sa position, un arrêt du 9 janvier 1926 (*Bagnolet, D. P.*, 28.3.48) rendu dans les mêmes circonstances : or à cette époque le Conseil annulait sans pitié un arrêté municipal interdisant sur une route le passage de véhicules automobiles parce que ce passage entraînait des dégradations « nécessitant une réfection coûteuse étant donné la pénurie de la main-d'œuvre » (*Bellescize, D. P.*, 28, III, 48)¹.

Les décisions plus favorables à l'intervention municipale s'expliquent parce qu'elles n'ont pas pour but, mais seulement « pour résultat de diminuer les dépenses communales ». Le Conseil d'Etat ne fait qu'appliquer là les *principes du détournement de pouvoir*.

Ces principes conduisent même à admettre que, dans le cas de buts multiples, il suffit que l'un des buts soit correct pour que l'acte soit légal; cette règle bien connue rapproche encore sur un point la théorie administrative du détournement de pouvoir et la théorie civiliste de l'abus de droits (pour qu'il y ait abus de droit il faut que l'acte abusif soit accompli sans aucune utilité pour le titulaire; il n'y a pas de responsabilité si, en même temps qu'il poursuit un but malveillant, le titulaire du droit accomplit un acte qui lui est utile personnellement). L'application de cette règle suffit à expliquer certaines décisions qui se refusent à annuler des arrêtés dont les auteurs faisaient observer qu'« ils n'étaient pas motivés par le désir *exclusif* de sauvegarder les finances,

1. cf. Cass. 9 mars 1929, précité (l'arrêt constate qu'en l'espèce il n'y a pas eu mobile financier).

qu'ils avaient aussi pour but d'assurer l'usage normal de la voie » (*affaire Bagnolet, précitée*)¹.

§ III. Le droit de propriété.

La police de la conservation ne doit pas, à notre avis, être expliquée de la même manière que la police de la circulation ; alors que celle-ci se justifie par le *pouvoir de police* des agents publics, celle-là doit être rattachée au *droit de propriété* de l'administration ; elle constitue l'ensemble des mesures prises par l'administration en tant que propriétaire de la voirie et pour assurer la *défense de son bien*.

L'erreur commise tient à ce qu'on n'a pas suffisamment distingué les deux polices, on a considéré qu'elles n'étaient que des qualifications différentes d'une même intervention. Il suffisait pourtant pour en douter d'observer attentivement l'organisation juridique de ces interventions, elle montre bien que tout ce qui touche à la protection, à l'intégrité matérielle du domaine est toujours soumis à des règles spéciales et que ces règles trahissent généralement par quelque côté le point de vue de la propriété.

I. Distinction des compétences de police de circulation et de conservation.

Il est un trait qui aurait dû faire songer que les deux polices constituent deux catégories juridiques différentes et qu'il aurait dû éclairer sur le principe de cette différence : c'est *l'organisation des compétences*.

Pour tout ce qui touche à la conservation, la répartition des compétences administratives tend à se faire d'après la

1. Il faut ajouter que la Cour de cassation est souvent plus timide que le Conseil d'Etat dans la recherche des mobiles. On a vu que dans une affaire elle écartait du débat une lettre du maire « laquelle ne saurait prévaloir sur les termes de l'arrêté ». On sait que depuis quelque temps, en particulier depuis l'affaire Rodière, le Conseil pousse parfois assez loin du dossier la recherche du détournement de pouvoir.

propriété; dès que la conservation, l'intégrité matérielle de la chose est en jeu, l'autorité qui a tendance à réagir, à intervenir est celle qui possède sur la chose ce que l'on appelle les pouvoirs domaniaux, c'est-à-dire la propriété. Cette tendance générale en matière de voirie se traduit aussi bien dans la matière de l'usage commun que dans celle des occupations privatives.

Elle est très sensible dans la matière de l'*usage commun* en ce qui concerne les pouvoirs du maire; le maire a précisément des pouvoirs administratifs sur des dépendances de la voirie qui n'appartiennent pas à la commune; c'est ainsi qu'il intervient dans les agglomérations pour régler l'usage de toutes les voies en vertu de ses pouvoirs de police (*L. 5 avril 1884, art. 97*); or cette intervention a une limite : dès qu'il s'agit de la *conservation* le pouvoir du maire disparaît chaque fois que la voie n'appartient pas à la commune, la loi le dit expressément : le maire ne peut alors intervenir « qu'en ce qui concerne la circulation sur les dites voies ».

On pourrait, il est vrai, répondre qu'à l'inverse la police de la conservation échappe au maire sur certaines voies appartenant à la commune, cette intervention n'est, en effet, possible que sur les voies urbaines qui ne font partie d'aucune catégorie spéciale et en dehors des agglomérations sur les chemins ruraux; elle est par contre impossible sur tous les chemins vicinaux.

C'est, il faut le reconnaître, que dans notre droit administratif il intervient en matière de conservation à côté de l'idée de propriété un autre point de vue : ce qui touche à la police de la circulation est affaire d'intervention locale, les autorités locales sont les mieux placées pour juger de près ce qu'exigent les nécessités de la circulation; au contraire, ce qui touche à la conservation du domaine, à sa surveillance, à son aménagement général, est considéré comme exigeant des *vues d'ensemble* nécessitant l'intervention constante du pouvoir central; il y a donc pour la conservation deux idées différentes qui,

parfois, s'opposent : l'idée de *centralisation et de surveillance générale* et l'idée de *propriété*. La deuxième est parfois sacrifiée à la première; celle-ci amène parfois le législateur à organiser en ce qui concerne la conservation des pouvoirs de surveillance centralisée entre les mains du pouvoir central; elle explique par exemple que tout ce qui touche à la conservation des chemins vicinaux est confié au préfet, bien que ces voies fassent partie de la voirie communale¹.

Et, cependant, même dans cette matière se marque une *tendance* à attribuer autant que possible les *pouvoirs de conservation au propriétaire* : la jurisprudence admettait jusqu'à ces derniers temps que sur toutes les catégories de chemins vicinaux la conservation appartenait exclusivement au préfet². Or la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat élargit les pouvoirs du maire, au moins en ce qui concerne les chemins vicinaux ordinaires; le maire exerçait déjà sur ces voies la police de la circulation³. L'arrêt Ratto du 6 janvier 1933 déclare légale la limitation par le maire de Maison-Carrée du poids des véhicules admis à circuler sur un chemin vicinal ordinaire⁴. Ce retour de jurisprudence marque bien à nos yeux cette tendance à attribuer au propriétaire de la voie la police de la conservation, tendance qui n'est qu'une manifestation de cette idée générale : tout ce qui touche, non à la cir-

1. Sur ces idées, v. les conclusions de M. Andrieux sur l'affaire Beaumont du 11 juillet 1934 (D. P. 34. III, 46, col. 2) : « La législation générale tient compte de cette différence d'attributions... le préfet centralise ainsi entre ses mains toutes les branches de l'administration en ce qui concerne la surveillance du domaine public. La raison en est que la surveillance du domaine public exige des *vues d'ensemble* nécessitant l'intervention constante du pouvoir central. »

Spécialement pour les chemins vicinaux la loi du 21 mai 1836 dispose (art. 21) : « Le préfet statue sur tout ce qui est relatif.. à tous autres détails de surveillance et de conservation. »

2. 7 août 1903, *mairie de Harnes* (D. P. 1905. III, 7) : le préfet est compétent pour délivrer l'alignement le long d'un chemin vicinal même dans la traversée d'une agglomération, cf. *Cass.* 20 déc. 1867 (D. P. 68. I. 234). Le maire ne peut enjoindre aux conducteurs de charrettes sur un chemin vicinal d'éviter les ornières déjà tracées.

3. Le maire peut réglementer la circulation des automobiles sur les chemins vicinaux ordinaires : *Cass.* 9 mars 1907. D. P. 1909. I. 432.

4. Dans son arrêt du 9 mars 1929 (précité) la Cour de cassation avait déjà admis une solution analogue.

culation mais à la protection, à l'intégrité matérielle de la voie est l'affaire du propriétaire.

Cette idée n'est pas limitée à la police de l'usage commun ; elle se traduit d'une manière lumineuse dans la matière des *occupations privatives* de la voirie par la distinction des occupations avec et sans emprise. On a pu discuter la valeur rationnelle de l'idée d'emprise, on a pu lui préférer d'autres points de vue ; en tout cas un fait est certain : cette idée est prise en considération par notre droit positif ; la jurisprudence du Conseil d'Etat soumet l'occupation avec emprise à un régime juridique spécial. Or à *quoi correspond* cette idée d'emprise et *quelles conséquences juridiques* lui attache-t-on ?

L'*emprise* répond essentiellement à la notion de *conservation* ; il y a emprise dès que l'occupation modifie l'assiette du domaine, touche à l'intégrité de la voie, à sa conservation¹.

Et, d'autre part, lorsqu'on observe les conséquences attachées à la notion d'emprise on voit qu'elles sont dominées par l'idée de propriété : nous avons dit que de nombreux auteurs considéraient précisément l'occupation avec emprise comme le cadre où s'exercent les pouvoirs de propriété de l'administration ; en tout cas une chose est certaine : d'après la jurisprudence c'est dans le cas d'occupation avec emprise et dans ce cas seulement que le pouvoir d'autoriser et celui de percevoir la redevance appartiennent exclusivement à l'autorité propriétaire de la voie.

1. Cette idée est si importante qu'on en a fait la base d'une distinction entre la grande et la petite voirie. A côté de la distinction technique de ces deux notions qui a pour effet de répartir entre elles les différentes catégories de voies publiques, il y aurait lieu de distinguer une notion juridique de petite voirie comprenant tout ce qui touche à la circulation, à l'usage du public, et une notion juridique de grande voirie comprenant tout ce qui touche à la conservation, à l'intégrité matérielle du domaine.

V. sur cette distinction les développements de M. Troabas (*op. cit.* p. 82 et suiv.) qui cite un arrêt suggestif du Tribunal des conflits (19 mai 1917, p. 421). Le tribunal oppose nettement les contraventions de voirie « consistant en anticipations, dépôts, dégradations et autres faits pouvant porter atteinte à la largeur de la voie publique ou en compromettre la conservation... » et d'autre part les contraventions de voirie consistant en des faits « intéressant seulement la sûreté ou la commodité du passage ». Cette distinction montre bien que notre droit a toujours tendance à soumettre à un régime juridique spécial ce qui touche à la conservation, à l'intégrité matérielle de la voie.

II. Conservation et propriété.

Ces différentes règles montrent qu'en toute matière notre droit à tendance à affirmer deux idées :

1° Tout ce qui touche à la conservation du domaine, à son intégrité matérielle doit être distingué de ce qui concerne la circulation.

2° Toute la matière de la conservation est essentiellement l'affaire du propriétaire.

Cette double idée doit, à notre avis, intervenir pour expliquer la police de la conservation.

Cette police est essentiellement *distincte* de la police de la circulation ; elle est en principe l'*affaire du propriétaire* de la voie qui exerce directement et exclusivement le pouvoir de défendre sa chose. L'indépendance et le parallélisme des deux interventions, affirmés par certaines formules de la jurisprudence s'expriment ainsi : les deux pouvoirs peuvent s'exercer indépendamment l'un de l'autre ; ils visent des buts différents.

La police de la circulation a pour but d'*assurer l'usage du public* sur un bien affecté à cet usage.

La police de la conservation a pour but de *défendre contre les effets de cet usage* un bien qui est propriété de l'administration.

Les deux polices sont soumises à la même *limite* : l'une et l'autre ne peuvent que réglementer l'usage du public, lequel doit toujours pouvoir s'exercer mais la raison n'est pas la même dans les deux cas.

Dans le premier cas si l'administration ne peut pas entraver l'usage du public, c'est parce que la police de la circulation a précisément pour but d'assurer cet usage.

Dans le deuxième l'administration ne peut pas entraver l'usage du public parce que le droit de propriété ne peut jouer que dans la mesure où la destination du domaine est assurée.

La police de la conservation constitue la première hypo-

thèse où l'on voit l'administration intervenir à l'égard des usagers communs en vertu de son *droit de propriété*.

C'est là, à notre avis, que doit se manifester d'une manière nouvelle ou au moins élargie le droit de l'administration de défendre sa propriété. Cette idée de défense d'une propriété n'est pas, en effet, entièrement nouvelle; on l'utilisait déjà quelquefois pour justifier les pouvoirs de l'administration *en dehors de l'usage normal* des biens publics, à l'égard des entreprises, des empiètements, des usurpations commises par des particuliers sur le domaine; ces « anticipations » donnaient lieu a côté d'une action répressive à une action tendant à la réparation ou à la restitution du sol usurpé; cette action était, d'après certaines décisions de jurisprudence, « fondée sur l'atteinte portée à la propriété immobilière de l'administration¹ ». Et Laferrière affirmait déjà que cette « action domaniale, destinée à assurer l'intégrité du domaine public... était dominée par la *nécessité de défendre une propriété publique*² ».

On doit, à notre avis, aller plus loin, expliquer par ce point de vue non seulement l'intervention répressive de l'administration mais son intervention préventive en vue de réglementer l'usage normal et commun de la voirie.

Cette intervention, nous l'avons dit, reste cependant une *intervention administrative*, elle ne devient pas une *intervention financière*; cela tient à ce qu'elle se rapporte à un certain élément de la propriété.

La propriété comporte : la *détention* d'un bien — le bénéfice ou au moins le choix dans l'*attribution de ses utilités*. C'est l'élément *détention* qui est ici en jeu et non l'élément utilité, profits. La détention d'un bien implique le pouvoir de le conserver; la mesure de conservation est un aspect de la détention. Elle n'est pas un aspect de l'élément utilités, profits : l'administration ne peut pas profiter de son droit de propriété pour se décharger des dépenses de voirie : cette idée est à la

1. Cass., 11 juillet 1892, *Rev. gén. d'Adm.*, 1892, III, p. 445.

2. LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, t. II, p. 667.

base de la jurisprudence des mesures financières; on la retrouve aussi dans des décisions par lesquelles les tribunaux ont affirmé que l'administration ne pouvait, sous peine d'engager sa responsabilité, s'abstenir d'entretenir la voie en état normal¹.

C'est au contraire le *deuxième élément*, l'*élément utilités* qui va faire son apparition sous la forme de l'intervention financière.

1. *Cons. préf. de Nantes*, 19 mars 1931. D. P. 33. 3. 77. On a vu que dans des circonstances exceptionnelles le conseil de préfecture de Versailles a rendu une décision contraire.

CHAPITRE III

LA PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE DE LA VOIRIE ET LES REDEVANCES DE VOIRIE.

L'intervention financière de l'administration se présente sous des formes variées; l'usage généralisé de l'automobile a multiplié ces formes, nous en retrouverons certaines en d'autres occasions, c'est spécialement l'une de ces formes que nous allons étudier maintenant : celle qui consiste à subordonner l'utilisation de la voie au paiement d'une *redevance*.

Nous avons vu quel était sur cette forme d'intervention le *point de vue traditionnel* : l'administration ne peut subordonner à son intérêt pécuniaire l'usage de la voirie; elle le peut exceptionnellement lorsque la loi l'y autorise, son intervention procède alors de son *pouvoir fiscal*.

Ce point de vue primitif était, on l'a vu aussi, dépassé depuis quelque temps déjà; on expliquait parfois l'intervention d'une autre manière : par les *droits du propriétaire*, mais cette explication était limitée à certaines utilisations : les occupations privatives, et de plus à certaines occupations seulement : les *permissions de voirie* c'est-à-dire les occupations anormales ou, suivant une autre définition, les occupations avec emprise.

Or il s'est produit depuis l'apparition des automobiles une nouveauté . la jurisprudence a *élargi* le pouvoir de soumettre l'usage de la voie au paiement d'un prix, elle l'a étendu à l'arrêt prolongé des véhicules sur la voie publique. Ce nouveau type de redevance ne peut à notre avis s'expliquer que par l'*idée de propriété*, il révèle que l'administration pro-

priétaire du domaine en fait payer l'utilisation à certains usagers.

Avant de montrer comment s'impose ce point de vue il nous paraît utile de signaler ses conséquences :

La première conséquence est la confirmation de cette idée que l'on soutenait parfois déjà et qui est maintenant mise en pleine lumière : il existe à côté du pouvoir fiscal un *autre principe d'intervention financière* sur la voirie : *le droit de propriété*.

D'autre part, en introduisant l'idée de propriété en dehors de la permission de voirie, on *généralise* une explication dont la portée était jusqu'ici restreinte. on indique qu'elle pourrait être utilisée dans certains *cas de stationnement superficiel*.

Mais il y a plus : il s'agit à notre avis non seulement d'un stationnement sans emprise mais d'un usage *normal* et d'autre part *commun* ; l'intervention financière et la propriété sortent par là du cadre même des occupations privatives, elles ne sont plus limitées à certains usages et à certains usagers, c'est une autre manifestation du point de vue que nous soutenons dans cette thèse : *quel que soit l'usager auquel elle s'adresse*, l'administration doit toujours pouvoir tirer les conséquences de son droit de propriété lorsque ces conséquences *sont conciliables avec la destination du domaine*.

SECTION I. — LES EXPLICATIONS THÉORIQUES DE LA REDEVANCE.

Nous avons déjà analysé la redevance perçue sur le stationnement prolongé des véhicules ; le moment est venu de l'expliquer juridiquement.

La justification d'une redevance perçue à l'occasion de l'usage d'un bien public doit se faire à *deux points de vue* que l'on n'a pas toujours suffisamment distingués : au point de vue de l'usager qui paie — au point de vue de l'administration qui perçoit.

Il ne suffit pas de dire qu'étant donné les conditions de l'utilisation il est juste que l'usager paie un prix, il faut expliquer à quel titre, en vertu de quel pouvoir les agents publics peuvent intervenir pour faire payer, ce n'est pas là le souci de placer une étiquette sur une situation, c'est appliquer cette idée que tout acte d'un agent public doit nécessairement être rattaché à l'exercice d'une compétence déterminée.

§ I. Explication pour l'usager.

En ce qui concerne l'obligation pour l'usager de payer une redevance on en donne généralement deux explications différentes en les présentant soit séparément, soit simultanément.

On invoque soit le caractère *anormal* de l'utilisation, soit son caractère *privatif*.

Aucune de ces deux explications ne paraît pouvoir être retenue.

Il faut en envisager une autre tirée de l'idée d'*usage exceptionnel*.

1° Usage anormal. — La redevance se justifierait d'abord par le *caractère anormal de l'utilisation*; il serait juste que l'usager paie, parce qu'il prétend faire du domaine un usage non conforme à sa destination. Nous avons assez critiqué cette idée d'usage anormal pour ne pas y revenir, rappelons seulement que lorsque le stationnement a lieu dans un parc affecté à cet usage il ne peut évidemment pas être qualifié anormal.

2° Usage privatif. — Mais précisément l'existence de ces parcs réservés a suscité une autre explication, c'est celle que l'on donne généralement : il y aurait une *occupation privative*, il serait alors juste que l'usager paie car il soustrait une partie de la voie à l'usage du public pour son profit personnel. Cette deuxième explication ne nous paraît pas devoir être retenue; elle procède d'une conception inexacte de l'utilisation pri-

vative, elle méconnaît ce qu'est vraiment une pareille utilisation.

L'utilisation privative est généralement considérée comme le pouvoir de soustraire en permanence une partie de la voie à l'usage public; on fait ainsi valoir le fait de la *soustraction matérielle* au profit d'un particulier mais on donne de plus un *caractère juridique* à cette situation, il ne s'agit pas d'une simple possibilité de fait mais d'un pouvoir juridique issu d'un acte juridique que l'on découvre à l'origine de la situation : *l'autorisation d'occuper*¹.

Il nous semble que cette notion demande à être précisée car il y a surtout dans l'utilisation privative un autre élément dont il faut faire état parce qu'il est l'élément essentiel.

La situation de l'occupant comporte en effet deux éléments :

1. Le pouvoir d'occuper le domaine, qui ne suffit pas à caractériser la situation.

2. Le fait d'*être le seul à pouvoir occuper* c'est-à-dire le droit d'interdire à tout autre usager l'utilisation de l'emplacement; sur cet emplacement l'usager est chez lui, il a le pouvoir, sanctionné par des voies de droit, d'exclure les tiers, c'est ce pouvoir qui, à notre avis, est essentiel car c'est lui qui réalise *l'exclusivité du titre au point de vue juridique*, le pouvoir d'occuper en permanence n'entraîne qu'une exclusivité matérielle, de fait; or l'utilisation privative est avant tout une situation de droit et non de fait. Il s'agit non seulement d'une situation privative, exclusive, mais d'un droit exclusif, privatif.

La jurisprudence met bien en lumière cette idée lorsqu'elle reconnaît aux concessionnaires du domaine un droit qu'elle a justement baptisé « *droit exclusif de jouissance* » et lorsqu'elle lui accorde des voies de droit lui permettant d'exclure les

1. Cette existence d'un acte-condition à l'origine de la situation est une idée dominante dans la conception que M. Troabas se fait de l'utilisation privative : l'usager privatif est défini par lui l'usager « *juridiquement individualisé* » (*op. cit.* p. 73 et suiv.).

Ce point de vue n'est pas suffisant à notre avis : l'entrepreneur de transport assujéti à la nécessité d'obtenir une autorisation est lui aussi juridiquement individualisé.

tiers du domaine occupé; la situation est exactement la même de ce point de vue pour tous les occupants privés, la seule différence est dans les rapports avec l'administration qui dans un cas seulement est liée contractuellement, dans les rapports avec les tiers le caractère exclusif est le même et il se traduit logiquement dans tous les cas par les mêmes voies de droit¹.

Ainsi le marchand, le chauffeur de taxi ont à la station, au marché une place qui leur est juridiquement réservée, qui peut même dans certains cas être cédée, transmise par eux à des tiers. Le Conseil d'Etat a reconnu de même que l'emplacement affecté au stationnement d'un autobus constitue son domaine propre où les concurrents n'ont pas le droit de s'arrêter².

Au contraire le stationnement prolongé d'une automobile ne constitue pas une occupation privative; sans doute en fait un véhicule arrêté occupe forcément la voie mais parler alors d'occupation privative c'est *confondre une situation de fait avec une situation de droit*³; cette distinction entre l'arrêt prolongé et le stationnement privé est faite depuis longtemps par les auteurs.

Mais il en est de même à notre avis, contrairement à ce que l'on déclare parfois, lorsque le stationnement a lieu dans un parc d'autos : ce qui crée l'illusion c'est d'abord qu'il y a ici une autorisation à l'origine et surtout que l'administration oblige cet usage à ne s'exercer qu'en certains endroits, mais sur ces endroits l'usager n'a pas un *droit exclusif*, l'administration ne réserve pas à un usager un emplacement qu'il serait le seul à pouvoir occuper⁴, elle se borne à permettre qu'un

1. Cette voie de droit est d'après la jurisprudence judiciaire, l'action possessoire : *Cass.* 6 mars 1855. S. 55. 1. 107 (*Complainte exercée par un permissionnaire*).

2. D'où la pratique des cessions de places dans les halles.

3. C. E. 26 juin 1931. S. 1932. III. 69.

4. C'est bien cette confusion que fait la Cour de cassation lorsqu'elle déclare qu'un véhicule arrêté « encombre nécessairement la voie en diminuant la liberté du passage » (*Wiarth*, précité).

5. On a été obligé pour justifier l'idée d'occupation privative de recourir à une fiction qui montre bien l'erreur de la conception adoptée : le parc d'autos

certain usage, qui est un usage commun, se prolonge en certains endroits sans limitation de durée.

3° Usage exceptionnel. — Tout ce que l'on peut dire c'est que l'usager reçoit un *avantage de fait exceptionnel*, excédant les avantages ordinaires que la voie procure au public. C'est dans cet avantage exceptionnel que réside, à notre sens, pour l'usager, la justification de la redevance.

Mais il faut préciser cette explication car on peut se demander si un simple avantage de fait suffit à justifier une redevance, s'il n'est pas nécessaire que cet avantage exceptionnel se traduise par la soustraction d'une partie de la voie au profit de l'usager c'est-à-dire par la notion juridique d'occupation privative.

Nous croyons qu'un avantage de fait suffit à justifier le paiement d'un prix, du point de vue de l'usager¹, sur la base de cette idée d'équité que les usagers d'un bien public ou d'un service public doivent payer en proportion de l'usage qu'ils font et des profits que leur procure cet usage.

Mais nous sommes surtout portés à adopter ce point de vue par une situation qui paraît bien déjà en fournir un exemple; il est un cas où certains usagers sont astreints à des charges spéciales précisément parce qu'ils sont censés retirer de la voie des avantages de fait exceptionnels il s'agit des *riverains de la voie publique*.

La situation du *riverain* n'a jamais été considérée comme entièrement *gratuite*, on a toujours considéré que les avantages qu'il retire de la voie étaient payés, compensés soit par les *droits de voirie* qui peuvent lui être imposés², soit par les *charges* qu'il est obligé de supporter.

serait sinon le *domaine réservé d'un usager*, du moins *celui des automobilistes en général* : la succession pratiquement constante des voitures y réaliserait en fait l'occupation permanente (v. la note de M. WALINE sur l'arrêt *Laurens*, D. P. 28. 3. 65).

1. M. J. BARTHÉLÉMY rangeait déjà parmi les causes juridiques justifiant la redevance, à côté de l'usage anormal et de l'occupation privative, l'avantage exceptionnel (art. préc. R. D. P. 1204).

2. *Répertoire Dalloz*, 1848, v. Commune n° 761 : « les droits de voirie constituent la compensation des services que les riverains tirent de l'usage des rues et des places publiques ».

Cette conception a toujours été celle de la doctrine¹, elle est aussi celle de la jurisprudence qui l'utilise pour expliquer la théorie des inconvénients du voisinage : un arrêt récent que nous avons déjà signalé (24 juillet 1931, *Ville de Vic-Fezensac* D. P. 31. 3. 52) écarte la responsabilité d'une commune pour les dommages causés par des chutes de feuilles mortes sur la toiture d'une maison riveraine, ce dommage rentrant dans « les sujétions normales du voisinage lesquelles d'ailleurs sont compensées par les avantages résultant du dit voisinage ».

Or quels sont ces avantages ? Sans doute nous avons vu que leur nature était assez controversée ; peut-être même y a-t-il parfois comme une tendance à considérer la situation du riverain comme une *situation privative*², auquel cas la redevance serait perçue sur une véritable occupation ; il ne nous paraît pas possible de voir dans la situation du riverain une occupation de la voie³. Ce qui est vrai, comme l'a bien

1. V. p. ex. RENOUART. *Rapport sur le projet de loi de 1842*, (*Rep. Dalloz*, 1863, p. 210) : « ces avantages ne sont pas entièrement gratuits : les riverains en échange sont soumis à des charges spéciales... ».

2. Bien que cette conception ne soit généralement pas affirmée expressément il n'est pas sans intérêt de recueillir quelques éléments qui créent autour d'elle comme une atmosphère favorable :

On peut se demander si ce n'est pas un peu la pensée de M. Bastid (*article précité*) : « Les riverains ne sont pas seuls à pouvoir bénéficier de certains pouvoirs qui ne peuvent être exercés que *privativement*. A côté d'eux les occupants, etc... » (p. 610 et surtout p. 658) : « Il subsiste un résidu de droit et même un élément *privatif* qui empêchent que la situation du riverain soit assimilable à celle d'un simple usager. »

Mais on pourrait surtout trouver les éléments de cette conception dans l'ouvrage de M. Trotabas : non seulement cet auteur constate que certaines parties de la voie peuvent être affectées exceptionnellement à des usages spéciaux et « que l'on pourrait peut-être présenter dans cette situation spéciale la théorie des aïssances de voirie » (op. cit. p. 131) mais encore c'est la conception même qu'il se fait de l'usage privatif qui semble pouvoir englober la situation du riverain : pour lui l'usage privatif se caractérise par la permanence ce qui n'implique pas la perpétuité, et l'usage privatif par l'individualisation juridique ce qui s'applique bien au riverain ; ce caractère est encore souligné dans un article récent (R. D. P. 1934, *Essai d'une classification de situations juridiques*) par M. Latournerie qui y voit le signe de la situation juridique individuelle.

3. L'occupation privative se traduit par l'exclusion juridique de tout autre que l'occupant (v. nos explications plus haut à ce sujet). Telle n'est pas la situation du riverain qui ne peut s'opposer à l'usage du public sur cette partie de la voie (*Trib. Bordeaux*, 15 janvier 1890, *Journal arr. Bordeaux*, 1890, II., 33).

S'il fallait une décision de justice pour nous apprendre que le riverain n'est pas propriétaire de son « devant de porte » on en trouverait dans une jurisprudence

mis en lumière M. Jèze (v. 1^{re} partie de notre thèse) c'est que le riverain *profile de la voie plus que les autres usagers*; c'est une illustration de cette idée qu'un *avantage de fait* peut, s'il est nettement caractérisé, constituer cette rupture de l'égalité entre usagers qui, pour le particulier, justifie la redevance.

§ II. Explication pour l'Administration.

Mais si, du point de vue de l'usager, et à cause de l'avantage exceptionnel qu'il reçoit, il est juste qu'une redevance lui soit imposée il nous paraît nécessaire de justifier la redevance d'un autre point de vue, *du point de vue de l'administration* qui la perçoit.

A quel titre, en vertu de quel pouvoir l'administration peut-elle ainsi intervenir pour faire payer l'avantage procuré? Il ne suffit pas de dire que les agents publics sont compétents pour faire tout ce qui assure la destination du domaine, cette destination serait tout aussi bien assurée si l'utilisation était gratuite.

Une pareille redevance peut avoir trois justifications différentes :

1^o La redevance peut être un *impôt*; elle se justifie alors pour l'administration par l'exercice de son *pouvoir fiscal*.

2^o La redevance peut être une *taxe*; elle se justifie alors

relative à une institution curieuse des pays de Lorraine : les « *usoirs* ». Il s'agit de la condition juridique de certaines parties des routes le long des maisons dans la traversée des localités : ces portions sont parfois spécialisées et effectivement possédées au titre d'usoirs par les riverains. Quelle est leur condition juridique? La jurisprudence a précisément adopté comme critérium le caractère privatif de l'utilisation : elle décide que l'usoir ne peut être considéré comme faisant partie de la voie publique que « s'il est librement accessible aux véhicules » (*Trib. adm. d'Alsace-Lorraine*, 8 fév. 1933, S. 33, III, 130). Autrement dit l'utilisation privative par le riverain est incompatible avec le caractère de la voie publique : le régime de la voirie n'admet pas l'occupation privative du riverain (cf. *Trib. adm. de Metz*, 12 fév. 1897 — Sur le régime juridique des usoirs, v. la note de M. DELPECH au *Sirey*, 33, III, 129).

On peut même dire que l'usage du public l'emporte parfois sur la propriété privée elle-même. Il est de tradition jurisprudentielle que les riverains qui ont fait élever des maisons avec arcades livrées au public ne peuvent établir sans autorisation des bancs et étalages. *Cass.*, 5 mars 1863. D. P. 64. 1. 52).

pour l'administration par son pouvoir de *faire payer les services qu'elle rend et les dépenses qu'elle fait*.

3^o La redevance peut être une *redevance de propriété*; elle se justifie alors par le *droit du propriétaire de retirer des utilités financières de son bien*.

En général on ne distingue pas suffisamment les deux premières notions; il y a pourtant dans cette distinction un point de vue essentiel :

La taxe est la contreprestation d'un service rendu, elle suppose une dépense faite par l'Administration et un service rendu aux particuliers; elle a pour mesure à la fois ce service et cette dépense; son caractère influe donc à la fois sur sa justification, sur son assiette et sur son taux.

Au contraire l'impôt n'est pas la contreprestation d'un service rendu; il est mesuré à la capacité contributive des citoyens, il varie avec cette capacité contributive; il ne peut être levé que si un texte de loi autorise l'administration d'une manière précise à exiger des particuliers des ressources variant avec leur capacité contributive.

Le caractère de la taxe et cette opposition avec l'impôt ont été récemment illustrés par une décision du Conseil d'Etat du 4 mai 1934 (*R. D. P.* 1934, p. 443) : il y est décidé qu'une taxe établie sur l'usage par les particuliers d'un service de canalisations en vue du nettoyage est illégale « si elle excède notablement le montant des dépenses occasionnées à la ville ».

1^o Impôt . — Les caractères de l'impôt ne permettent pas une justification logique de la redevance que nous étudions, parce qu'à notre avis elle est perçue *sans texte*.

On s'appuie sur les articles 98 et 133 de la loi du 5 avril 1884 qui prévoient parmi les recettes de la commune « le produit des permis de stationnement et de location sur la voie publique ». Or il n'est pas possible d'admettre que la redevance soit justifiée par ce texte.

Il ne pourrait en être ainsi que si la loi visait d'une façon générale tout fait d'utilisation consistant dans un arrêt sur la

voie publique, autrement dit tout stationnement au sens courant et extrajuridique; cette conception qui a été parfois celle de certains tribunaux¹ ne peut être retenue; ce que la loi prévoit c'est une *catégorie juridique* bien connue, isolée depuis longtemps la catégorie du « *permis de stationnement* », c'est-à-dire de l'occupation privative sans emprise.

Ce point de vue, nettement affirmé par la Cour de cassation dans une décision que nous avons déjà citée² est le seul acceptable. Or nous avons dit que le stationnement en question ne répondait pas à cette catégorie. Si l'existence de parcs réservés a pu parfois entretenir une pareille illusion, la moindre observation suffit à la dissiper : la plupart du temps l'administration, surtout dans les petites villes, se borne à désigner une liste de rues et de places où le stationnement pourra se prolonger moyennant le paiement d'un prix; peut-on raisonnablement confondre une pareille situation avec la notion juridique du permis de stationnement prévu par la loi?

Mais l'hypothèse que nous visons et qui est au fond celle consacrée par le Conseil dans l'affaire Despujol nous permet une autre remarque; elle invite à écarter, après l'explication par l'impôt, *l'explication par la taxe*.

2^o Taxe. — Où est en effet dans un pareil cas le *service rendu*? Où est la *dépense faite*?

Ce service et cette dépense il est en réalité facile de voir en quoi ils pourraient consister : C'est le service rendu à tout usager des voies publiques par l'existence et l'utilisation normale de ces voies; mais c'est le même service que reçoivent tous les usagers; rien ne s'opposerait logiquement à ce que ce service fût payant, il l'est pour certains services publics dont l'usage est payant, il l'a été parfois pour la voirie dont l'uti-

1. Lyon, 21 juin 1880, *précité* : « Le stationnement assujéti est aussi bien celui qui s'exerce d'une manière temporaire que celui qui s'exerce d'une manière permanente. »

2. 22 déc. 1903, *précité*. Repoussant l'argument de la cour de Lyon, le Cour affirme expressément que « la loi n'a eu en vue que les concessions faites à un particulier pour sa commodité personnelle d'une portion de la voie publique soustraite ainsi dans son intérêt exclusif à la circulation générale ».

lisation n'a pas été toujours gratuite. Mais en fait ce service est actuellement gratuit. Il ne peut appartenir à l'administration de le rendre payant pour *certain usagers*.

Elle ne pourrait le faire que si elle rendait à ces usagers un service spécial; cela peut parfois se produire : dans certains cas l'administration organise un véritable service public de surveillance ou si l'on veut de « gardiennage », elle crée un personnel, c'est le « *parc gardé* »; il y a bien là alors une dépense faite et un service rendu à l'usager, on peut même dire qu'il y a alors utilisation d'un service public dont l'administration peut rendre l'usage payant, dont on peut seulement se demander si son incapacité en matière de services publics économiques ne lui interdit pas une pareille création.

Mais dans la généralité des cas il est impossible de découvrir la cause normale de justification d'une taxe¹ : à moins que l'on ne dise que le service rendu à l'usager consiste à lui permettre une activité qui pourrait être interdite; mais qui ne voit que faire payer une pareille autorisation c'est pour l'agent public *faire argent de ses pouvoirs de police*² ?

3° Redevance de propriété. — Il ne reste à notre avis qu'une troisième explication, celle du *droit de propriété*; propriétaire de son domaine public mais liée par l'affectation de ce domaine à une certaine destination, l'administration peut, dans la mesure où cette affectation est respectée, retirer de son bien les utilités financières qu'il comporte. Ce pouvoir doit être précisé par deux idées : Dans l'exploitation de son bien l'administration est limitée de deux façons : par son devoir de respecter l'*égalité des usagers*; par son devoir de respecter la *destination de la chose*.

1. V. la note précitée de M. Waline sous l'arrêt Laurens.

2. Lorsque les redevances sont des impôts prévus par des textes elles sont cependant parfois considérées comme des indemnités pour les communes des frais de police mis à leur charge. C'est la notion de « taxe de police » (D. P. 1830 1. 236)

La première idée entraîne que l'administration ne peut faire payer les utilités retirées du domaine qu'aux usagers qui en retirent un *profit exceptionnel*; autrement dit le paiement doit être justifié pour l'usager.

La deuxième idée entraîne que l'administration *ne peut pas refuser* d'accorder ces utilités lorsqu'elles sont les utilités normales, impliquées par la destination de la chose.

Cette idée achève de dissocier le point de vue administratif et le point de vue financier, ou, si l'on préfère l'*autorisation* et la *redevance*; ces deux éléments sont en général opposés de la manière suivante : l'autorisation ne constitue pas une cause juridique de la redevance, l'administration ne peut pas faire payer tout ce qu'elle pourrait interdire; il faut mettre en lumière la règle inverse : l'administration ne peut pas interdire tout ce qu'elle peut faire payer. Les utilités qu'elle vend aux particuliers, elle est tenue de les leur accorder parce qu'elles sont alors celles que comporte normalement la destination du domaine.

Cette idée, on l'a vu, est bien appliquée en notre matière par la jurisprudence : si le régime financier, dominé par la propriété, comporte la perception d'une redevance, le régime administratif, dominé par l'usage normal et la destination de la voie, ne comporte jamais le pouvoir discrétionnaire de refuser.

Lorsque nous avons qualifié la redevance en question, nous avons évité de parler de *loyer*, nous l'avons fait parce que ce terme implique l'idée de location; il est vrai que les auteurs qui expliquent certaines redevances de voirie autrement que par le pouvoir fiscal parlent souvent de location¹.

On a objecté à cette idée de location la règle de l'indisposibilité du domaine². En réalité nous croyons que cette objection peut être levée; elle pourrait valoir à la rigueur si la loca-

1. V. BERTHELEMY, *loc. cit.* Par contre Hauriou parle pour la permission de voirie d'une sorte d'emphythéose temporaire et révocable consentie en vertu d'un droit de propriété.

2. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 2^e éd.

tion entraînait pour l'usager un droit réel sur la voie, on pourrait dire que la nature de la situation créée est inconciliable avec la règle de l'indisponibilité, mais, comme on l'a fait remarquer, la location ne confère aucun droit réel au locataire.

On pourrait dire aussi que l'indisponibilité exige la précarité des situations, que la location impliquant des droits opposables à l'administration crée pour l'usager une situation dont l'énergie est inconciliable avec la règle de l'indisponibilité; mais il est facile de répondre que de pareilles situations existent, qu'il est des cas où l'administration est liée à l'égard de l'occupant : c'est le cas de la *concession de voirie*.

Cependant l'idée de location est à écarter mais pour une autre raison : la location est un *contrat*, la situation du locataire est une situation contractuelle. Or dans tous les cas de permis de stationnement comme de permission de voirie la situation de l'usager est entièrement *unilatérale* même en ce qui concerne l'élément financier :

La Cour de cassation déclare illégale la redevance qui résulterait d'une convention de gré à gré entre une commune et un particulier¹.

Le Conseil d'Etat a décidé que la redevance pouvait toujours être relevée unilatéralement par l'administration²; il a fait justice des prétentions des usagers des halles et marchés qui invoquaient des droits acquis pour contester à l'autorité administrative le pouvoir de modifier leur situation³.

L'administration fait payer les utilités exceptionnelles qu'elle accorde mais elle garde le pouvoir de fixer unilatéralement le prix qu'elle impose, comme celui de définir l'étendue, la nature et la durée de l'utilité accordée.

1. *Cass.* 4 nov. 90, D, 91, 1, 217. (cf. S. 1922. Sommaires p. 67) : le tarif ne peut être discuté par le redevable).

2. *Dehagnin*, 29 nov., 1878, p. 970.

3. D. P. 1905, 5, 30 — 1914, 3, 80 — *Lebon*, 1896, p. 192.

SECTION II. — LES EXPLICATIONS DE LA REDEVANCE
ET LA JURISPRUDENCE.

Le pouvoir de retirer à certaines conditions les utilités financières de sa propriété s'explique logiquement pour l'administration, l'exercice effectif de ce pouvoir est d'autre part révélé à l'heure actuelle par la perception de certaines redevances qui, nous venons de le montrer, ne peuvent s'expliquer autrement. Mais ce point de vue n'est pas celui de la jurisprudence : le Conseil d'Etat continue de considérer toutes les redevances perçues sur la voirie comme des *impôts*, de les expliquer par le *pouvoir fiscal*. Il est donc naturel que l'explication par la propriété ne cadre pas toujours avec les règles positives établies par la jurisprudence : ces règles procèdent en effet logiquement de l'idée d'impôt. Pour les établir le Conseil d'Etat a très logiquement appliqué le point de départ adopté; c'est précisément ce point de départ qui ne peut pas être conservé.

Il ne faut pas cependant croire que toutes ces règles excluent également le point de vue de la propriété :

Certaines sont manifestement en *contradiction* avec lui.

D'autres peuvent à la rigueur *se justifier* même dans la donnée d'une redevance de propriété.

Enfin depuis quelque temps la jurisprudence admet certaines règles dont le caractère nous paraît révélateur, qui traduisent l'importance grandissante que doit prendre *l'idée de propriété* chaque fois que l'administration entend imposer aux usagers du domaine ses prétentions financières; de plus en plus la légitimité et l'utilité d'une intervention financière de l'administration apparaît dans certains cas : le pouvoir fiscal est trop étroit pour permettre à cette intervention de se manifester pleinement, l'administration y est mal à son aise, c'est sur la notion plus souple et plus compréhensive de la propriété qu'elle doit s'appuyer; c'est cette notion qui nous paraît seule expliquer complètement certaines

règles nouvelles qu'admet une jurisprudence récente, impressionnée certainement par les nécessités et l'aspect nouveau de l'intervention financière :

§ I. Décisions excluant l'idée de propriété.

Que le régime des redevances perçues sur la voirie ne s'accorde pas toujours avec l'idée de propriété, ce n'est pas douteux ; il serait surprenant que, partant d'un point de départ différent de la propriété, on aboutisse aux mêmes solutions qu'en partant de cette idée.

Ainsi, d'après la jurisprudence la redevance n'est pas toujours perçue par le propriétaire ; elle ne l'est que dans le cas d'occupation avec emprise ; dans le cas de l'occupation sans emprise elle est perçue par l'*autorité qui possède sur la voie les pouvoirs de police* ; cette règle procède de ce que la redevance étant conçue comme une taxe, la jurisprudence lui applique les principes qu'elle a établis pour la perception des taxes (v. ci-dessus 1^{re} partie, chap. 1).

On pourrait également dans la donnée du droit de propriété considérer que la perception de la redevance est *obligatoire* pour l'administration.

Il est certain, comme on l'a dit, que si la propriété est une fonction comportant pour le propriétaire, pour « le détenteur de la richesse » pour employer l'expression chère au doyen Duguit, le devoir d'exploiter son bien, il doit en être ainsi *a fortiori* de la propriété administrative qui, plus que toute autre présente pour les agents publics un *aspect fonctionnel*¹.

Il est curieux d'observer comment se comporte dans notre droit positif cette obligation d'exploiter : il n'est pas surprenant de constater qu'elle n'y est pas assortie de sanctions juridictionnelles. Elle pourrait se révéler par l'obligation

1. Dans ce sens v. BONNARD ; *Note sous l'arrêt Bonnelonç* S. 1929, III, 41.

De même HAURIOU (*op. cit.* p. 715) : « L'administration n'est pas entièrement maîtresse de refuser les permissions d'occupation. Dans l'intérêt du public elle doit tirer de la propriété qui lui est confiée le maximum d'utilisation compatible avec la destination générale du domaine. »

d'accorder des autorisations, par l'obligation de faire payer l'usager. Ni l'une ni l'autre de ces obligations ne sont reconnues directement :

L'obligation d'accorder l'autorisation existe bien pour les utilisations normales mais elle résulte du caractère normal et non des devoirs qu'implique la propriété; quant à l'évolution de la permission de voirie elle révèle au contraire un élargissement des pouvoirs de l'administration; il est vrai que cet élargissement, en permettant à l'administration une liberté plus grande dans l'appréciation de ses intérêts pécuniaires et économiques est elle-même dans le sens de la propriété; en tout cas les agents publics ont toujours un pouvoir discrétionnaire pour refuser les permissions¹; le « devoir moral » dont parle le doyen Hauriou n'a pas de sanction juridictionnelle mais seulement certaines sanctions administratives : le préfet peut se substituer au maire pour accorder la permission au cas de refus non justifié par l'intérêt général (L. 5 avril 1884, art. 98).

Libre de refuser la permission lorsque celle-ci ne correspond pas à une utilisation normale, l'administration est surtout libre de l'accorder *gratuitement*.

Sans doute le Conseil d'Etat a-t-il décidé que le remboursement de la taxe de stationnement à certains usagers était illégal², mais il s'agit du jeu d'un autre principe : celui de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. L'obligation d'imposer une redevance n'est pas sanctionnée comme découlant de la propriété, du devoir de retirer des utilités financières du domaine.

En fait, les permissions sont souvent gratuites; la Cour de cassation reconnaît à l'Etat le droit de concéder « soit à titre gratuit soit à titre onéreux certaines jouissances privatives³. » Le Conseil d'Etat a jugé que l'Etat ne pouvait se

1. 11 avril 1913, *Cie des tramways de l'Est parisien*, S. 1914, III, 113.

2. 23 mai 1930, *Cie métropole des voitures*, S. 1931, III, 39.

3. *Cass.* 11 août 1891, *Georgi*, D. P. 1892, I, 545.

substituer aux communes qui négligeaient de percevoir les droits de stationnement sur le domaine national¹.

Et cependant une décision, déjà ancienne il est vrai, du Conseil d'Etat considère la permission gratuite comme une *libéralité interdite*; le Conseil y déclare expressément qu'« un arrêté accordant à un particulier l'autorisation de pratiquer un passage souterrain sous un chemin rural constitue, s'il ne renferme ni la stipulation d'une redevance au profit de la commune, ni la réserve de la précarité, une véritable aliénation que le maire ne peut consentir² ». Cette décision curieuse méritait d'être signalée; elle montre que les devoirs qu'entraîne la propriété des biens ne sont pas toujours dépourvus de sanctions lorsque le propriétaire est une collectivité administrative.

§ II. Décisions compatibles avec l'idée de propriété.

Les redevances sont par contre soumises à de nombreuses règles que la jurisprudence fait découler de l'idée d'impôt mais qui pourraient à la rigueur s'expliquer dans la donnée d'une redevance de propriété.

Il y a d'abord un certain nombre de règles qui peuvent s'expliquer par le souci de respecter l'*égalité entre les usagers*³. Telles sont par exemple la nécessité d'un tarif à laquelle le Conseil d'Etat paraît tenir essentiellement; c'est pour lui une condition essentielle de la régularité des redevances que leur établissement « par voie générale⁴. »

De même l'interdiction des redevances en nature s'explique par la même idée d'égalité⁵.

1. C. E. 2 juillet 1909, *Mairie d'Ajaccio*, Rec. p. 633.

2. C. E. 21 avril 1899, *Ruelleau*, S. 1901, III, 116.

3. Sur ce principe d'égalité et son rôle essentiel dans la matière des redevances perçues sur la voirie, v. P. ROGUES. *La redevance due pour utilisation privative des voies publiques*, R. D. P. 1934, p. 35.

4. V. p. ex. *Cons. d'Etat*, 29 mars 29, (D. P. 30, III, 5) « L'égalité des redevances annuelles ayant leur base dans un tarif régulièrement établi ». La Cour de cassation applique la même règle : 4 nov. 1890, D, 1891, I, 217.

5. Voir sur cette explication la note signée P. L. J. (D. P. 1930, III, 5) sous l'arrêt Bonneton. La solution est cependant critiquée par M. Bonnard. (même arrêt, note au S., 1929, III, 61).

D'autres règles tiennent au *caractère unilatéral* de la situation : ainsi la possibilité pour l'administration de relever à tout moment la redevance.

Enfin certaines règles peuvent s'expliquer, même avec l'idée de propriété par les *principes du droit financier* : ainsi la nécessité d'une habilitation législative et celle d'une inscription budgétaire annuelle s'expliquent par la règle de la spécialité financière des communes et par celle de la prévision annuelle des crédits¹.

§ III. Décisions nécessitant l'idée de propriété.

Mais depuis quelque temps le Conseil d'Etat introduit dans la technique des redevances certains points de vue qui révèlent à notre sens des préoccupations curieuses; c'est l'*idée de propriété* qu'elles évoquent si tant est qu'elles ne l'exigent pas comme une explication nécessaire.

Nous voulons parler de règles nouvelles concernant l'*assiette des redevances*. Ces règles introduisent pour l'administration la possibilité de *participer financièrement* aux activités économiques et aux profits économiques des usagers.

Jusqu'à ces dernières années la jurisprudence exigeait que la redevance fût établie uniquement d'après l'*importance de l'occupation*, proportionnée à l'espace couvert par la marchandise et non à la valeur de cette marchandise elle-même; le droit, disait-on, est le prix du terrain occupé et non un impôt sur les objets qui l'occupent, s'il le devenait le tarif serait illégal².

Ce point de vue a été peu à peu modifié; cette évolution ne nous paraît pas négligeable.

C'est d'abord en matière de *permission de voirie* que s'est faite la transformation; le Conseil d'Etat a décidé le 22 mars 1929 que la permission accordée à un industriel d'établir

1. V. là-dessus la note précitée de M. Bonnard.

2. *Lett. min.*, 19 janvier 1839, *Rep. Dalloz*, 1868, v^o *Commune*, n^o 401.

une voie ferrée privée sur un chemin vicinal pouvait comporter une redevance proportionnée au trafic effectué¹. Sans doute le caractère économique de la situation, l'idée souvent soulignée qu'en matière de permission de voirie l'élément « affaire » est dominant, qu'il « s'agit pour l'administration de faire une affaire² » expliquaient-ils assez aisément cette ingérence de l'administration dans l'activité économique des usagers.

Mais la solution est, depuis lors, étendue au *permis de stationnement*, à l'occupation normale et sans emprise : Un arrêt du 3 février 1933 consacre expressément la transformation, il reconnaît au conseil municipal le droit de fixer le tarif des droits perçus dans une poissonnerie « sur une base autre que la superficie occupée et *en proportion de la valeur des poissons vendus* »³.

On objectera qu'en matière de stationnement prolongé des véhicules le Conseil d'Etat a décidé au contraire que le tarif ne devait tenir compte que de l'importance matérielle de l'emplacement occupé; mais cette règle dont le but est d'éviter que les véhicules automobiles ne paient plus lourdement que les véhicules à traction animale signifie simplement que dans les deux cas le profit retiré par les usagers est le même. Elle ne contredit en rien l'évolution de principe. C'est de cette évolution qu'il faut dégager la portée.

Il s'agit en définitive d'un système de *participation aux bénéfices*. Ce système traduit une tendance générale de la vie administrative, tendance dont les manifestations sont nombreuses; de plus en plus les collectivités publiques cherchent à se mêler à la vie économique, à participer aux bénéfices économiques des administrés. Comment cette participation peut-elle se réaliser ?

1. *C. E.*, 22 mars 1929, D. P. 1930, III, 5.

2. JÈZE, R. D. P., 1922, p. 610, note 1.

3. *C. E.*, 3 février 1933, Syndicat des patrons et pêcheurs du Tréport, D. H. 1933, p. 167. Déjà le 12 déc. 1923 (*aff. Peysson*, précitée) le Conseil décidait que les droits de stationnement pouvaient varier d'après la nature du commerce.

On disait jusqu'ici : elle peut se réaliser par le *procédé du contrat*; le régime financier de la concession en portait nettement la marque, les formes financières que revêt de plus en plus depuis quelque temps la concession de service public traduisaient ces tendances nouvelles.

Or ces tendances se manifestent maintenant *en dehors du système contractuel* : l'administration impose maintenant aux administrés sa participation aux bénéfices réalisés sur le domaine public. Comment expliquer qu'elle puisse ainsi s'ingérer dans la vie économique des usagers pour profiter des résultats de leur activité ?

Nous croyons que le pouvoir fiscal est impuissant à fournir de ce phénomène une explication satisfaisante.

L'*impôt* et la *taxe* ne peuvent justifier que des redevances établies d'après l'importance matérielle de l'occupation, du stationnement :

L'occupation du domaine s'analyse en deux actes qu'il est essentiel de distinguer : d'une part, le fait même de l'occupation, d'autre part, l'accomplissement, grâce à cette occupation, de certaines opérations économiques rémunératrices. Or, sur quel élément porte le pouvoir fiscal ? Il ne porte certainement que sur le premier élément car il s'agit d'un *impôt sur le stationnement*, d'une *taxe sur le stationnement*. Lorsqu'on l'établit d'après le résultat des opérations économiques accomplies on en fait un *impôt*, une *taxe sur la vente*; en déplaçant ainsi la redevance, on transforme complètement son caractère; nous nous demandons si l'on n'en fait pas ainsi des redevances illégales; la loi autorise les communes à percevoir des droits sur le stationnement, elles ne les a jamais autorisées à frapper d'impôts indirects les opérations commerciales accomplies sur le domaine public¹.

1. Il est à peine besoin d'indiquer qu'il ne pourrait s'agir que d'impôts indirects et non d'impôts directs : l'arrêt Genthon, en décidant que les communes ne peuvent imposer spécialement ou plus lourdement les propriétaires d'automobiles rappelle judicieusement que ce n'est pas d'après la capacité économique présumée du contribuable que la redevance peut être établie : elle y prendrait, au moins quant à son assiette, l'aspect d'un véritable impôt cédulaire.

Tout s'explique au contraire avec l'*idée de propriété* : le propriétaire cède les utilités de sa chose, il peut se réserver le droit de participer à ces utilités, c'est-à-dire aux bénéfices réalisés par l'occupant.

Le droit privé en offre de multiples exemples : le bail à colonat partiaire n'est qu'une application de cette idée générale que le loyer peut consister en une part des fruits recueillis.

Sans doute l'arrêt Bonneton en déclarant irrégulière une permission accordée par une commune sous la réserve d'une fourniture d'eau imposée à l'occupant, marque-t-il à ce système une limite sévère, mais outre qu'il a soulevé d'assez vives critiques c'est une autre idée qu'il applique : la nécessité d'un tarif impliquant l'impossibilité de redevances en nature.

En dehors du contrat qui assure la *participation aux bénéfices du concessionnaire*, la propriété permet la *participation aux bénéfices des usagers*. L'administration peut ainsi atteindre par la voie de son droit de propriété ce qu'elle ne pouvait atteindre par la voie de son pouvoir fiscal. L'impôt, tel qu'il est organisé ne permet en effet d'atteindre que le fait matériel de l'occupation ; par delà ce fait matériel la propriété permet d'atteindre l'activité économique, les profits économiques procurés par l'utilisation. C'est que le domaine n'est plus congu comme cette « chose publique » pour laquelle les occupants bénéficiant de privilèges spéciaux doivent payer dans la mesure et dans la mesure seulement où ils soustraient matériellement la chose au public ; il devient une richesse comportant des profits, des utilités économiques ; c'est sur ces utilités économiques que porte précisément la propriété de l'administration, elle peut donc par la voie de son droit de propriété atteindre ces utilités elles-mêmes.

En définitive l'utilisation de la voirie donnait lieu naguère à des redevances que l'on expliquait en général par l'exercice du pouvoir fiscal.

L'usage généralisé de l'automobile a fait apparaître de nouvelles redevances qui manifestement sont perçues sans

texte; l'explication traditionnelle apparaît trop étroite pour elles.

Consciemment ou non, l'idée de l'exploitation financière du domaine c'est-à-dire de la *propriété* pénètre le système jurisprudentiel :

Il s'y traduit par le pouvoir de l'administration de *participer aux bénéfices* que le domaine public, richesse collective, est susceptible de procurer à ses usagers. Ce pouvoir n'est que le droit du propriétaire de se réserver pour lui une partie des utilités que comporte son bien.

Il se traduit d'autre part par le pouvoir de l'administration de *faire payer aux usagers communs les utilités normales* que comporte la voirie lorsque ce paiement est justifié pour eux par une faveur exceptionnelle qui leur est accordée. Ce pouvoir exprime la maîtrise que l'administration conserve même sur les utilités normales, attribuées au public par l'affectation.

Sur ces utilités, les règles de l'intervention économique vont faire apparaître cette maîtrise sous de nouvelles formes.

CHAPITRE IV

LA PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE DE LA VOIRIE ET LE RÉGIME DES TRANSPORTS EN COMMUN

Il est banal de déclarer que la première raison d'être des voies de communication est de permettre et de faciliter les relations économiques, la vie économique d'un pays. Lorsqu'il s'agit des voies publiques et de cet usage commun, normal que font les particuliers pour y circuler et s'y arrêter, c'est un principe traditionnel que les agents publics ne peuvent pas intervenir dans un but économique, en vue de résoudre une question économique, en particulier une question de concurrence.

Jusqu'à ces dernières années ce principe a joué avec une rigueur saisissante; la jurisprudence a tenu fermement la main à son application; c'est qu'il avait un double fondement : économique et juridique.

Le premier est le *principe du libéralisme économique* qui a trouvé en France son plein épanouissement vers le milieu du xix^e siècle : la vie économique est en principe étrangère à la sphère de l'activité étatique; l'administration ne doit pas se mêler à la vie économique.

Le second est le *caractère de police* que présente exclusivement l'intervention administrative au moins lorsqu'elle s'adresse à l'usage commun de la voirie : les procédés de police ne peuvent pas être employés dans un but de gestion économique.

L'application de ces principes est sévère : l'administration ne doit pas intervenir dans la concurrence que se livrent les

usagers des voies publiques; elle ne doit pas intervenir en vue de régler une question de concurrence, en particulier en vue de prendre parti pour un concurrent, que ce concurrent soit un particulier ou le gérant d'un service public. Elle ne doit même pas en principe intervenir d'une manière telle que son action ait pour résultat d'influencer la vie économique : la création de services publics commerciaux lui est en principe interdite, la réglementation dans un but de police doit, pour ne pas gêner l'activité économique, être réduite au minimum indispensable.

Or actuellement l'intervention à but économique à l'égard des usagers des voies publiques commence à être pratiquée.

C'est à l'occasion des utilisations de la voirie par les entreprises de transport en commun que ces interventions économiques se sont produites.

La présente recherche sur ces interventions va avoir surtout pour effet d'établir si et dans quelle mesure elles se justifient par l'idée de la *propriété administrative* des voies publiques.

Avant d'examiner en détail ces interventions, il convient d'en prendre d'abord un aperçu général.

SECTION I. — LES INTERVENTIONS ÉCONOMIQUES A L'ÉGARD DES USAGERS DE LA VOIRIE.

Sur ces interventions économiques, on va indiquer d'une façon générale quel est leur objet, leurs formes, et quelles sont les justifications juridiques qui peuvent être invoquées en leur faveur.

I. L'objet des interventions.

L'origine des règles nouvelles qui ont été introduites dans le régime juridique de la voirie résulte d'un fait capital qui s'est produit dans le domaine des transports en commun depuis l'apparition de l'automobilisme mais surtout au lendemain de la guerre; ce fait est le développement à côté des anciens

modes de transport, en particulier des transports par le rail organisés par les collectivités publiques, de moyens nouveaux, les *transports automobiles exploités par les particuliers*. Ce fait, qui n'est après tout en lui-même qu'un épisode banal de l'évolution des phénomènes et de la vie économiques, a entraîné deux conséquences remarquables :

La première a été la nécessité où s'est trouvée l'administration d'intervenir, pour certaines raisons, dans *l'intérêt du public* c'est-à-dire dans un but essentiellement économique.

La seconde a été la nécessité où s'est trouvée l'administration d'intervenir, pour d'autres raisons, dans *l'intérêt de ses services publics* concurrencés c'est-à-dire dans un but encore économique mais aussi, par certains côtés, financier.

Ces deux conséquences sont le résultat de certaines idées qui ont toujours dominé le problème des transports et que les circonstances actuelles ont encore mieux mis en lumière; ces idées se ramènent à deux constatations : la première est qu'un système de transports ne peut fonctionner correctement que sous un *régime de service public* ou au moins d'interventionnisme, la deuxième est qu'un service public de transport ne peut vivre que sous un *régime de monopole*.

1^o On a d'abord toujours senti que la matière des transports est une de celles *dont l'Etat ne peut pas se désintéresser*; elle comporte un certain nombre de besoins, qui sont les besoins du public et que l'initiative privée, livrée à la loi de l'égoïsme économique ne peut satisfaire rationnellement parce qu'elle ne s'attache qu'aux besoins lucratifs; il y a fatalement dans un régime de transports abandonnés à l'initiative privée des besoins qui ne seront pas satisfaits, ou qui seront mal satisfaits : il est nécessaire que la puissance publique intervienne soit pour les satisfaire elle-même, soit pour imposer aux particuliers l'obligation de les satisfaire et de les satisfaire d'une certaine manière conforme aux intérêts du public. C'est cette première nécessité d'intervention qui s'est fait sentir d'abord lorsque s'est développé le système nouveau des transports automobiles; elle est due à un premier

phénomène économique qui est un phénomène de *substitution des moyens de transport*. Il n'a pas tardé à apparaître une deuxième nécessité due à un autre phénomène qui est un phénomène de *concurrence des moyens de transport*.

2° Ce phénomène, qui est celui de la concurrence des anciens et des nouveaux modes de transport, autrement dit du rail et de la route, est bien connu dans son origine, ses caractères et surtout ses effets; il a nécessité une deuxième intervention de la puissance publique d'un caractère nettement différent : *l'intervention en vue de protéger ses services publics contre la concurrence économique*; cette concurrence a eu en effet ce résultat d'entraîner pour les services publics concurrencés des conséquences financières désastreuses. La puissance publique a cherché alors à réagir, à intervenir dans un but de défense financière contre la concurrence économique.

Nécessité de protéger les intérêts économiques du public, nécessité de protéger les intérêts économiques et financiers de ses services, telles sont les deux raisons qui ont entraîné, de la part de la puissance publique et à l'égard de cet usage commun de la voirie qui est constitué par la circulation des entreprises de transport, une intervention de caractère économique, une intervention dans la concurrence économique.

II. L'intervention de l'administration et ses procédés.

Mais cette intervention a pris pour des raisons que nous allons dire un caractère tout à fait particulier et qui a eu dans l'espèce une importance juridique capitale :

A la différence de la plupart des législateurs européens et pour des raisons diverses, esprit conservateur, traditions libérales, peut-être aussi méthodes parlementaires, le législateur français a gardé jusqu'à 1934 sur les problèmes en question le silence le plus complet.

Il en est résulté que les différentes autorités administratives ont dû dans leur sphère propre et par leurs propres moyens chercher la solution des problèmes parfois irritants qui leur

étaient posés; il en est surtout résulté ce fait essentiel que c'est en ayant recours aux moyens déjà mis à leur disposition, *aux procédés techniques du droit administratif* qu'ils ont dû résoudre ces problèmes. Ils ont ainsi soulevé la grosse question de l'emploi dans un but économique des procédés administratifs qu'ils avaient entre leurs mains, c'est-à-dire des pouvoirs qu'ils exerçaient sur la voirie.

Ces autorités administratives ont utilisé essentiellement trois procédés :

Le *procédé de la création du service public* dont disposent les assemblées locales, le conseil général dans le département, le conseil municipal dans la commune.

Le *procédé de la réglementation* dont disposent le préfet dans le département, le maire dans la commune et que nous avons analysé en détails dans notre première partie.

Le *procédé de l'autorisation préalable* dont nous avons dit que le maire en disposait depuis près d'un siècle à l'égard des entreprises de transport et qu'une jurisprudence récente l'avait introduit dans les pouvoirs généraux des préfets.

Ces trois procédés ont servi la double intervention de l'administration : intervention économique en vue de défendre les *intérêts du public*, intervention économique et financière en vue de défendre les *services publics* contre la concurrence.

1° Les interventions dans l'intérêt du public. — Les trois procédés ont d'abord été utilisés dans l'intérêt du public.

Les collectivités publiques ont *créé des services publics de transport automobile* pour servir les intérêts du public; la création de ces services a ainsi pour but de desservir des besoins des régions délaissées. La substitution de services automobiles aux transports par le rail vise d'abord la modernisation d'un service, son adaptation aux progrès et par suite une meilleure satisfaction des besoins du public. Cette première intervention évoque uniquement un souci légitime de l'intérêt général.

L'utilisation des deux autres procédés soulève au contraire déjà en plein le droit de l'administration d'intervenir auprès des usagers de la voirie dans un but économique. Par la réglementation qu'elle édicte, par les conditions auxquelles elle subordonne l'autorisation, l'administration a cherché à imposer aux entreprises privées des *obligations dans l'intérêt du public* : obligation d'assurer le service, de contracter une assurance, de desservir un itinéraire. Mais voilà qui remet en jeu tout le problème du pouvoir de l'administration sur la voirie. Si ce pouvoir est comme on le pensait un pouvoir de police peut-on, sans le détourner de son but, l'employer non plus dans l'intérêt de la sécurité ou de la voirie, mais dans celui du public ?

2° Les interventions dans l'intérêt des services publics. — Le problème apparaît encore plus net lorsqu'il s'agit non de l'intérêt du public mais des *intérêts du service public* ; il est cette fois en pleine lumière. La protection du service public s'est faite elle aussi par les trois procédés :

Le procédé de la *réglementation* a servi d'abord cette cause. Lorsqu'ils réglementent l'itinéraire, les points de stationnements des lignes privées d'autobus, le préfet, le maire vont chercher à tenir compte des intérêts du chemin de fer départemental, du tramway communal ; ils vont chercher à favoriser le service public. Que vaut juridiquement cet emploi d'une réglementation policière dans un but économique ?

Mais ce sont surtout les deux autres procédés que l'administration cherche à utiliser : la *création*, la *substitution*, l'*extension* de services automobiles répond alors non à la nécessité économique de desservir une région délaissée mais à la nécessité financière de se défendre contre la concurrence en utilisant les armes mêmes de l'adversaire.

L'administration, d'ailleurs, ne s'arrête pas là : l'autorité de police va compléter par le procédé dont elle dispose, l'*autorisation*, l'œuvre de l'assemblée locale : elle soumet les entreprises privées au régime de l'autorisation et refuse

d'autoriser celles qui seraient pour le service public des concurrents dangereux.

Cette double pratique soulève un problème à double face :

L'administration peut-elle concurrencer les particuliers ; ceux-ci ne peuvent-ils pas l'empêcher d'exercer cette concurrence ?

A l'inverse l'administration peut-elle empêcher les particuliers de concurrencer ses services publics ?

Ces questions soulèvent une fois de plus en plein le problème général des pouvoirs exercés par les agents publics à l'égard des usagers communs de la voirie : il se retrouve dans une forme plus raffinée encore que l'administration donne à la protection de son service public : elle s'engage à l'avance envers son concessionnaire à éliminer toute concurrence, elle lui accorde un *monopole de fait*, une *concession à titre exclusif*.

Les solutions de la jurisprudence.

Sur tous ces points la jurisprudence, nous le verrons, s'attache depuis plusieurs années à donner les réponses les plus favorables à l'administration.

1. L'administration peut, soit dans l'intérêt du public, soit pour assurer une politique de défense de ses services, *organiser* des entreprises publiques de transport automobile. Elle exerce ainsi largement le *droit d'utiliser elle-même la voirie*.

2. Elle peut encore soit dans l'intérêt du public, soit dans l'intérêt de ses services publics, réglementer les entreprises privées. Elle exerce ainsi largement le *droit de diriger l'utilisation de la voirie par les particuliers*.

3. Elle peut enfin, dans l'intérêt économique d'une concurrence disciplinée et aussi dans l'intérêt financier du concessionnaire, *éliminer* radicalement les entreprises privées concurrentes, accorder même à son concessionnaire un monopole efficace. Elle exerce ainsi largement le *droit de se réserver exclusivement ou de réserver à un particulier l'utilisation de la voirie*.

La jurisprudence consacre ainsi désormais, à l'égard de

l'usage commun de la voirie le principe d'une intervention dont le caractère nettement *économique* cache souvent fort mal l'aspect essentiellement *financier*. De toute évidence ce principe nouveau appelle une justification juridique.

III. Explication juridique des interventions.

Comment peut s'expliquer juridiquement l'intervention économique de l'administration ?

Elle pourrait, à notre avis, s'expliquer de deux façons :

Par les principes de l'*interventionnisme* et de l'*économie dirigée* ou bien par l'exercice sur la voirie du *droit de propriété* de l'administration.

1^o Avec la première explication l'action des agents publics procède de leur *pouvoir d'intervention dans la vie économique*. Cette intervention se manifeste dans un système d'économie dirigée de deux manières :

La première consiste dans le pouvoir de créer des entreprises publiques destinées à influencer la vie économique ; l'administration organise par exemple des entreprises-types susceptibles de servir de modèles à l'initiative privée, ou encore susceptibles de créer une pression sur les prix.

La deuxième manière consiste à laisser les particuliers organiser eux-mêmes des entreprises privées mais à intervenir auprès de ces entreprises pour leur imposer une direction, une organisation orientée vers un certain but.

Ce qu'il y a d'essentiel dans cette explication c'est que l'intervention administrative est rattachée au pouvoir d'agir *directement* sur l'initiative privée, sur l'entreprise privée.

2^o Au contraire avec la deuxième explication l'intervention administrative n'est pas rattachée directement au pouvoir d'agir sur les initiatives privées ; elle est rattachée aux *droits que l'administration possède sur le domaine* ; l'initiative privée n'est soumise à une intervention que parce qu'elle s'exerce sur ce domaine, il y a un chaînon intermédiaire qui est l'élé-

ment « domanialité », plus précisément la propriété de ce domaine.

Ainsi si l'administration peut *créer* des services publics usagers de la voirie, si elle peut imposer des *conditions* aux particuliers usagers de la voirie, si elle peut *supprimer* dans son intérêt cet usage par les particuliers, cette intervention ne procède pas directement du pouvoir d'influencer les activités privées par l'exemple ou le poids d'une entreprise publique, de diriger ces activités privées, de discipliner la concurrence; elle procède du droit de l'administration d'*exploiter sa propriété*, de *diriger l'exploitation de sa propriété*, de *se réserver l'exploitation de sa propriété*.

Les activités des particuliers ne subissent pas l'action des agents publics en tant qu'entreprises soumises à l'interventionnisme mais en tant qu'entreprises utilisant un domaine propriété de l'administration qui intervient.

Entre ces deux explications laquelle choisir? *A priori* la première est séduisante; elle est dans le goût du jour, l'économie dirigée à les faveurs de l'après-guerre; au moins en notre matière les esprits lui sont nettement favorables; les débats et les conclusions du Conseil national économique qui ont précédé le décret-loi du 19 avril 1934 et sur lesquels nous reviendrons le prouvent largement. Mais fournit-elle une explication juridique satisfaisante? En général, non, et voici pourquoi :

Il s'agit, nous l'avons souligné, d'une intervention réalisée par *des procédés de droit administratif*; par les procédés dont disposaient les administrateurs en dehors de tout pouvoir conféré par le législateur. Or les administrateurs n'ont certainement pas le pouvoir d'intervenir directement en matière de transports pour imposer des conditions, interdire des activités, agir sur la concurrence; cela tient à ce que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et celui de la liberté des transports ne sont pas seulement des idées économiques mais des règles juridiques consacrées par des lois (L. 26-29

août 1790. L. 2-17 mars 1791) et qui s'imposent comme règles de droit aux agents administratifs.

C'est donc à notre avis à la deuxième explication qu'il faut recourir : c'est parce qu'il s'agit d'activités qui utilisent la voirie et en vertu de ses pouvoirs sur la voirie que l'administration peut réaliser son intervention économique. Toutefois il y a certaines de ces interventions que nous voulons soustraire à l'explication par la propriété :

Il s'agit d'abord de l'intervention qui est organisée par le *décret-loi de 1934* et qui confie aux ministres certains pouvoirs de direction et de discipline de la concurrence. Il s'agit d'autre part de l'intervention de l'administration en vue d'organiser sur la voirie des services publics automobiles, *d'utiliser elle-même la voirie*.

Ces deux interventions, nous ne les justifierons pas par le droit de l'administration de discipliner l'exploitation de sa propriété ou d'exploiter elle-même cette propriété; nous ne le ferons pas parce qu'à notre avis ces deux interventions peuvent s'expliquer autrement : précisément par l'interventionnisme, et que nous ne voulons rattacher à la propriété que ce qui vraiment ne peut pas s'expliquer sans cela.

En revanche, seule, à notre avis, l'idée de propriété peut expliquer les deux autres interventions : intervention auprès des activités privées soit pour leur imposer une *direction* économique, soit pour les *supprimer* au profit d'un service public.

On a déjà utilisé pour cette explication l'idée de propriété mais on l'a fait en y ajoutant une autre idée qui à notre sens est inexacte : l'idée qu'on est en présence d'*utilisations anormales* du domaine; cette idée explique sans doute assez aisément l'intervention économique; il suffit de transposer le raisonnement que l'on faisait jusqu'ici pour les occupations anormales de la voirie, par exemple le raisonnement qui justifie dans le cas des permissions de voirie la réalisation d'un monopole de fait¹.

1. Cette analogie apparaît bien dans les recueils de jurisprudence où l'on a coutume depuis quelques années d'accoupler les décisions relatives aux permis-

Nous croyons qu'il s'agit d'un usage normal et que le régime singulier auquel il peut être soumis met en lumière les deux idées que nous voulons démontrer dans cette thèse et qui d'ailleurs ne sont que deux aspects d'un même point de vue :

La première est que dans la mesure où elle ne contrarie pas l'affectation de la voie l'administration peut toujours, *à l'égard de tous ses usagers*, tirer les conséquences de son droit de propriété.

La deuxième est que les biens affectés à l'usage de tous comportent pour le public des *utilités* qui, à partir de l'affectation et bien qu'attribuées au public, *n'échappent pas totalement* à la mainmise de l'administration :

Propriétaire primitive de ces utilités, elle peut obliger l'usager à les *exploiter d'une certaine manière*, c'est-à-dire diriger l'utilisation de la voirie par les particuliers.

Elle peut même, et ceci est plus grave mais aussi plus significatif encore, *retirer certaines de ces utilités* au public pour les réserver à un concessionnaire ; mais ici se posera une question plus délicate : l'administration ne pouvant tirer de sa propriété que les conséquences qui ne contredisent pas la destination, celle-ci n'est-elle pas entravée lorsqu'on empêche des particuliers, pour le profit d'un service, d'utiliser normalement la voie ?

Ces différentes explications seront développées dans les trois sections suivantes qui sont consacrées :

1. La première à l'intervention de l'administration *utilisant elle-même la voirie pour organiser des services publics de transport* ;

2. La deuxième à l'intervention de l'administration *dirigeant l'utilisation de la voirie par les particuliers en réglementant les entreprises privées de transport* ;

3. La troisième à l'intervention de l'administration *se réservant exclusivement ou disposant au profit d'un individu*

sions de voirie et celles relatives aux entreprises de transport. V. p. ex. entre autres : D. P. 32, III, 60 (avec la note de M. Blaevoet).

de l'utilisation de la voirie, en établissant le monopole pour ses services publics de transport.

SECTION II. — L'ORGANISATION DE SERVICES PUBLICS DE TRANSPORT.

Les faits d'intervention que nous allons étudier dans cette section évoquent un problème de droit administratif bien connu : celui du pouvoir des collectivités locales d'organiser des services publics à caractère économique. Mais ce problème est soulevé ici d'une manière très particulière, cela tient aux objets et aux buts de l'intervention administrative.

a) **Les objets de l'intervention.** — L'organisation de services publics économiques, lorsqu'elle a consisté dans l'utilisation par les administrations locales de la voie publique en vue d'y faire fonctionner des services de transport automobile, s'est en effet présentée avec trois *objets* dont les deux derniers sont caractéristiques.

1° L'administration peut d'abord *créer* purement et simplement un service nouveau de transport automobile sur un réseau qui jusque-là n'était pas desservi.

C'est alors le type habituel de la *création* d'un service public.

2° Mais elle peut aussi *transformer* un service existant et cette transformation a revêtu ici un aspect typique ; aux anciens moyens de transport l'administration en substitue de nouveaux ; elle remplace ses tramways ou ses chemins de fer par des services d'autobus.

C'est alors moins la création d'un service public qui apparaît que l'*aménagement*, l'adaptation d'un service existant.

3° Enfin l'administration peut encore *ajouter* à un service existant : elle double ses voies ferrées par des autobus, elle prolonge les lignes existantes, elle autorise son concession-

naire à exploiter en dehors de son réseau des services spéciaux; le concessionnaire de tramways organisera par exemple, hors de sa concession un service d'autobus pour desservir un champ de courses.

C'est, ici encore, moins la création que l'*extension* d'un service

b) **Les buts de l'intervention.** — Mais ce qui donne surtout ici au problème sa physionomie particulière ce sont les buts en vue desquels ces interventions se sont généralement produites.

1° Lorsque la création ou l'extension d'un service répond au désir de desservir une région délaissée, lorsque la substitution traduit le souci de moderniser une entreprise et de l'adapter aux progrès mécaniques, il n'y a là qu'une intervention dans *l'intérêt du public* ne présentant aucun caractère singulier et poursuivant le but normal qu'implique la notion même de service public. Mais c'est généralement pour répondre à de tout autres préoccupations que s'est faite l'intervention administrative et ce sont alors les deux dernières formes qu'elle a surtout mises en jeu.

2° Cette intervention a représenté un premier épisode de la lutte livrée sur le terrain administratif entre le rail et la route. La première *réaction de défense* des entreprises du rail a été en effet d'utiliser les armes de l'adversaire, de transporter sur la route la lutte économique qu'on lui livrait : Supprimer le chemin de fer local, le tramway urbain largement déficitaires, les remplacer par des services automobiles, exploiter en dehors d'un réseau utile à une certaine clientèle mais peu rémunérateur des services spéciaux plus lucratifs, ajouter à une ligne de faible rendement un prolongement susceptible de rapporter davantage, telles ont été les préoccupations des concessionnaires et aussi celles des collectivités intéressées financièrement par les stipulations de subventions ou de garanties d'intérêt que comportent généralement les formes budgétaires modernes des services commerciaux.

En indiquant dans sa dernière jurisprudence de l'imprévision que le service public lorsqu'il n'est plus « payant » doit disparaître ou s'adapter, en l'espèce qu'une ligne de tramways déficitaire doit, si elle veut vivre, chercher, en dehors des indemnités d'imprévision, à se transformer¹, le Conseil d'Etat paraît faire, dans certains cas, de ces pratiques une obligation, juridique.

Mais ces circonstances ont donné du coup à l'intervention administrative un caractère nouveau : l'organisation, l'aménagement des services de transport ne sont plus dans l'intérêt du public mais dans *l'intérêt d'un service public*, il n'est plus question de l'adaptation aux besoins mais de l'adaptation à la concurrence.

Cette adaptation, cet aménagement ne se heurtent-ils pas aux limites assignées à la capacité des collectivités locales en matière de services publics économiques ? Si l'adaptation est, comme l'indique le Conseil d'Etat, une obligation, encore faut-il d'abord savoir si elle est possible, correcte. Elle évoque, disons-nous, le problème général de l'organisation des services publics locaux.

Les principes de cette organisation semblent donner aux questions soulevées ici une réponse certaine.

Or ce n'est pas précisément cette réponse que leur a donnée en fait la jurisprudence.

En adoptant ainsi une position qui paraît nouvelle elle oblige à en chercher une explication juridique.

§ I. Les solutions de la jurisprudence.

I. La question du pouvoir des collectivités locales d'organiser des services publics économiques est, rappelons-le, dominée par deux principes :

1^o Les administrations locales ne peuvent en dehors de motifs particuliers (police, occupation du domaine, habilita-

1. C. E. 9 déc. 32, *Sté des tramways de Cherbourg*, S. 1933, III, 17.

tion législative) organiser de pareils services que si « des circonstances spéciales de temps et de lieu » indiquent une *défaillance*, une insuffisance des activités privées.

2^o Même dans ce cas l'organisation du service doit viser un *but d'intérêt général*, en particulier elle ne doit pas viser un but financier.

Or l'un comme l'autre de ces principes paraissaient exclure la possibilité des interventions dont nous parlons et cela résulte précisément des circonstances dans lesquelles se produisaient ces interventions, de ce qu'elles étaient un *acte de défense contre la concurrence*.

En effet du moment qu'il y avait concurrence l'initiative privée n'était certainement pas *défaillante*.

D'autre part comme il s'agissait d'une défense contre la concurrence et d'une défense financière, aussi bien pour le concessionnaire en déficit que pour le concédant intéressé dans ce déficit, l'organisation ou l'aménagement du service visaient un *but financier*.

Quant aux motifs spéciaux ils disparaissaient aussi : il ne pouvait être question, ni de *police* parce que la question se posait maintenant hors des agglomérations sur des routes où la sécurité avait vraiment trop peu d'exigences, ni d'*occupation du domaine* puisqu'il s'agissait précisément de transformer en services automobiles des entreprises du rail.

Tout semblait indiquer une incapacité certaine des administrations, c'est la solution inverse qu'a pourtant imposée la jurisprudence.

II. Le double problème des circonstances de fait et du but poursuivi a été, devant le Conseil d'Etat, soulevé en plein par la requête d'un sieur Planche, le 23 juin 1933¹.

Il s'agissait d'une régie de chemin de fer qui exploitait pour le compte du département du Rhône un réseau d'intérêt local allant de Monsols à Villefranche ; l'exploitation étant lar-

1. C. E., 23 juin 1933, *Planche*, D. P., 33, III, 33.

gement déficitaire, le conseil général décide de remplacer les trains par des autobus. A cette époque un sieur Planche annonce son intention d'exploiter pour son propre compte un entreprise d'autobus desservant la région de Monsols, mais qui au lieu de s'arrêter à Villefranche devait se prolonger jusqu'à Lyon ; le plan du conseil général était voué à l'échec car les nombreux voyageurs qui auraient à dépasser Villefranche s'adresseraient certainement à l'entreprise privée. Le conseil général décide alors de prolonger la régie d'autobus jusqu'au chef-lieu.

Le recours que l'entrepreneur intentait devant le Conseil d'Etat contre cette délibération soulevait bien les deux questions que nous avons signalées :

1^o Si le département peut exploiter une voie ferrée qui suppose une occupation du domaine, peut-il organiser un service d'autobus sur une *ligne desservie* par une entreprise privée ?

2^o Le prolongement du réseau ayant pour but de permettre à la régie de « *faire ses affaires* » ne vise-t-il pas cet intérêt financier qui n'est pas en la matière une justification valable ?

La position du requérant paraissait assez forte : si la substitution d'automobiles aux trains pouvait à la rigueur passer pour le « meilleur aménagement d'un service public existant et régulier », le prolongement ne répondait ni à ces circonstances de temps et de lieu ni à ce but d'intérêt général dont le Conseil d'Etat impose la nécessité à l'activité économique des collectivités locales.

Or le Conseil donne tort au requérant et les termes de l'arrêt ne sont pas suffisants pour expliquer la solution si l'on tient compte des principes admis jusque-là : le Conseil d'Etat constate bien que « la substitution envisagée ne porte pas atteinte au *droit du particulier d'exploiter d'autres lignes* sur le même parcours » mais précisément ce qu'il admettait traditionnellement c'est que l'atteinte à la liberté économique était réalisée du seul fait de la création du service public. Quant au prolongement l'arrêt le considère comme le « *complément nécessaire* » du réseau mais il s'agit précisément

d'une « nécessité » d'ordre essentiellement financier c'est-à-dire d'une nécessité qui, dans la conception habituelle n'avait aucune valeur juridique. Encore plus suggestives sont les conclusions du commissaire du gouvernement M. Rivet, dont le Conseil d'Etat a suivi l'opinion. Cette opinion conduit à faire dans la théorie des services économiques une place à part aux *entreprises de transport*¹ :

L'administration serait en la matière toujours apte à intervenir dès que, dans une région, l'initiative privée ne suffit pas à satisfaire d'une *manière totale* tous les besoins du public ; elle ne serait pas tenue de se limiter aux lignes délaissées ; intervenant pour assurer le service sur ces lignes elle aurait dès lors le droit d'exploiter toutes les autres lignes déjà desservies par des particuliers mais susceptibles d'un meilleur rendement. Son intervention ne deviendrait illégale que si elle se trouvait en présence d'une région déjà desservie d'une manière complète, d'une « organisation privée répondant à tous les besoins », c'est-à-dire d'une circonstance exceptionnelle.

Ainsi, d'après M. Rivet, la formule habituelle des circonstances spéciales de temps et de lieu est renversée lorsqu'il s'agit d'entreprises de transport. Ici l'administration peut en principe intervenir, c'est seulement lorsqu'il existe des circonstances spéciales de temps et de lieu qu'elle ne le peut pas. On peut dire en employant une formule utilisée dans le droit civil que, si en matière de services publics économiques l'incapacité est la règle, la capacité l'exception, lorsqu'il s'agit spécialement de services de transport *c'est la capacité qui devient la règle et l'incapacité l'exception*. Voilà donc appliquées deux règles qui ne sont pas les règles habituelles de la matière : la première élargit le *pouvoir* de l'administration de concurer

1. Concl. Rivet : « L'application aux transports en commun de la terminologie des arrêts relatifs aux établissements commerciaux créés par les municipalités procède de l'assimilation de deux situations qui n'ont, à notre avis, rien de comparable. »

rencer des entreprises privées. La deuxième assigne à cette intervention la possibilité d'un *but* qui jusqu'ici paraissait incorrect.

Comment s'expliquent juridiquement ces deux singularités et puisqu'on nous dit qu'elles se justifient spécialement pour les transports en commun qu'est-ce qui vaut à ces activités ce régime d'exception ?

§ II. L'explication juridique de la jurisprudence.

Il y a une première explication à laquelle nous pourrions être tenté de recourir; elle serait d'autant plus séduisante pour nous qu'elle cadrerait avec le point de vue général que nous soutenons : c'est *l'explication par la propriété*.

Voici à notre sens sous quelle forme elle pourrait être utilisée : Si les entreprises de transport sont soumises ici à des règles particulières c'est qu'il s'agit d'entreprises économiques qui ont bien, en effet, un caractère spécial; ce caractère c'est le fait qu'elles utilisent une propriété de l'administration; le pouvoir de l'administration de créer des services commerciaux et de concurrencer les entreprises commerciales privées n'est ici que le droit d'*utiliser une propriété* et de concurrencer des entreprises privées qui utilisent une propriété de l'administration.

Vue sous cet angle, la capacité des collectivités locales peut logiquement être élargie aussi bien dans son étendue que dans son but.

Au point de vue de son *étendue* il est normal que l'on puisse exiger des entreprises privées des sacrifices plus grands, le poids d'une concurrence plus grave parce qu'elles ne s'exercent pas chez elles mais qu'elles exploitent la propriété de l'administration qui les concurrence; si, comme on le verra plus tard, le sacrifice exigé d'elles peut aller jusqu'à les faire disparaître dans l'intérêt de l'administration, à plus forte raison peut-on leur imposer la charge plus bénigne d'une concurrence étatique.

D'autre part au point de vue de son *but*, l'intervention administrative serait justifiée. Vu sous l'angle de la propriété, le droit de l'administration d'organiser des services économiques dans un intérêt financier ne serait, lorsqu'il s'agit de services usagers du domaine, que le droit du propriétaire de retirer de sa propriété les utilités, les profits pécuniaires qu'elle comporte.

Pour séduisant que soit peut-être ce point de vue il nous paraît qu'il n'est pas indispensable pour expliquer l'élargissement que comporte ici l'intervention administrative. L'atteinte que subit ici le principe d'abstention, celle que subit la prohibition du but financier ne paraissent illogiques que si l'on se fait de ce principe et de cette prohibition une conception inexacte; c'est le sens et la portée de l'un et de l'autre que nous voulons préciser; ce sens et cette portée éclairent la véritable explication qui, à notre avis, est la suivante :

L'élargissement du *pouvoir d'organiser* des services s'explique par les *principes de l'interventionnisme*.

L'élargissement du *but financier* s'explique par les *caractères propres des services publics économiques*.

I. L'idée interventionniste.

Nous avons dit qu'en général entre les deux explications de l'intervention économique qui sont l'explication par l'*interventionnisme* et l'explication par la *propriété* on était obligé de choisir la seconde parce que la première est une explication économique, non juridique.

L'administration est soumise à la *règle de la liberté du commerce et de l'industrie* qui est consacrée par la loi; si ses tendances la poussent à l'interventionnisme, elle n'en est pas moins tenue de respecter la règle; si le juge qui contrôle son activité a, par ses conceptions économiques et politiques, tendance à estimer que l'interventionnisme serait

une méthode administrative souhaitable il n'est pas moins tenu de faire respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'intervention économique ne peut pas être justifiée directement parce que la loi s'oppose précisément à cette intervention; elle ne peut trouver une justification qu'indirectement, en étant fondée non sur les pouvoirs que détiennent les agents publics à l'égard des activités privées, mais sur les pouvoirs qu'ils détiennent à l'égard du domaine public et, par suite, de ses usagers.

Et cependant l'*explication directe* est ici possible : cela tient au véritable caractère de la règle d'abstention des collectivités locales en matière de création de services économiques. Cette règle, en effet, n'est pas elle-même une *règle juridique* mais une *règle économique* ou, si l'on veut, l'*interprétation économique d'une règle juridique* :

Le principe de la liberté économique emporte logiquement l'illégalité de mesures par lesquelles les agents publics interviendraient auprès des activités privées pour les entraver, pour les interdire, mais il n'implique pas forcément l'inaptitude de l'administration à concurrencer les activités privées. Cette inaptitude imposée par le Conseil d'Etat résulte de ce que le Conseil interprète le principe d'une certaine manière; cette interprétation est une interprétation économique, commandée par les *conceptions économiques* des membres du Conseil d'Etat, qui peut changer avec ces conceptions elles-mêmes. Les conceptions en honneur jusqu'ici au Conseil d'Etat étaient orientées vers le libéralisme; un élargissement de la capacité des collectivités locales peut prouver simplement que les conceptions économiques du Conseil ont changé, qu'elles sont orientées davantage vers l'interventionnisme, les faits d'intervention économique déclarés légaux peuvent ainsi parfaitement s'expliquer directement comme des faits d'interventionnisme.

Ce véritable caractère de la règle d'abstention imposée

par le Conseil d'Etat a été lumineusement exposé par M. Jèze¹
« Le Conseil d'Etat pourrait changer son interprétation, déclare l'éminent auteur, sans que le texte de loi fût modifié... Ses solutions correspondent à un état d'esprit particulier touchant les problèmes économiques et politiques, si cet état d'esprit venait à changer il n'est pas douteux qu'une jurisprudence différente s'établirait avec la même valeur juridique. »

Or de récents arrêts montrent que cet *état d'esprit* a précisément changé; une jurisprudence différente s'est de ce fait établie depuis ces temps derniers; elle a la même valeur juridique, c'est-à-dire qu'elle n'oblige pas à faire appel à de nouvelles conceptions juridiques, en particulier à concevoir le domaine comme un objet de propriété que son propriétaire pourrait exploiter plus librement que jadis.

Il y a en effet dans l'examen auquel se livre le Conseil d'Etat lorsqu'il exerce son contrôle sur l'activité économique de l'administration un certain nombre d'*appréciations* dont on va voir qu'elles dépendent essentiellement et exclusivement des *conceptions*, des *opinions économiques* du juge; c'est précisément par le jeu de ces appréciations que le Conseil d'Etat est arrivé à élargir le pouvoir d'intervention des collectivités locales, en particulier lorsqu'il s'agit de transports publics.

1. JÈZE, *Principes de droit administratif*, II, p. 103.

« Les solutions du Conseil d'Etat correspondent à un état d'esprit touchant les problèmes économiques et politiques... Il y a en effet dans toute cette matière deux questions d'ordre politique ou économique qui dépendent de l'appréciation discrétionnaire du juge et par suite de ses conceptions économiques et politiques.

La première est celle de savoir si les circonstances de fait sont telles qu'un service public est nécessaire, la deuxième si l'organisation d'un service public porte ou non, dans tel cas donné, atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Or ces questions d'ordre politique et économique peuvent être résolues en des sens opposés suivant la mentalité des juges auxquels elles sont posées...

En somme on peut contester que le législateur n'ait voulu donner aux municipalités l'autorisation d'organiser des services publics qu'autant que l'initiative privée fait défaut; c'est l'interprétation actuelle du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat pourrait changer cette interprétation sans que le texte de la loi fût modifié.

Ces solutions au point de vue juridique n'ont guère de valeur; l'interprétation que l'on donne à la règle de la liberté du commerce et de l'industrie ne s'impose pas. Avec des convictions économiques ou politiques différentes on interprètera le principe d'une manière tout opposée... En réalité ces limitations ne sont que l'expression des convictions économiques ou politiques. »

1^o La nécessité de l'intervention administrative. — Il s'agit de savoir si, dans une matière donnée les besoins économiques sont tels qu'ils exigent une intervention de l'administration. Cette appréciation dépend essentiellement des *conceptions économiques* du juge; à l'heure actuelle précisément, les conceptions du Conseil d'Etat tendent à élargir la liste de matières où l'intervention administrative est nécessaire; elles admettent en particulier d'une manière indiscutable la nécessité économique d'une intervention dans le *domaine des transports*. Pendant longtemps la conception en honneur au Conseil d'Etat a été la suivante : *économiquement* il n'est pas souhaitable que l'administration intervienne dans la vie industrielle et commerciale. Cette conception, on l'a fait remarquer, tenait « à ce que le Conseil était composé d'hommes dont la formation intellectuelle au point de vue économique remontait à une époque où triomphaient les doctrines de l'économie politique dite orthodoxe, libérale¹ ». Elle était d'autre part impressionnée par une idée particulière à la question des services publics économiques : ces services constituent un *péril financier* pour les collectivités locales qui sont en général incapables à une gestion financière prudente et sage.

Or le Conseil apprécie maintenant d'une manière plus large l'utilité économique d'une intervention; il s'oppose d'une manière moins intransigeante aux idées d'*interventionnisme* et d'*économie dirigée*; il admet qu'en certaines matières il est utile que ces idées soient appliquées.

Il l'admet par exemple dans la *matière de l'alimentation*. On estimait naguère que l'alimentation était essentiellement l'affaire des activités privées; on estime maintenant qu'il peut être utile que l'administration intervienne pour régulariser le cours des prix, le Conseil estime lui-même cette intervention utile; ce point de vue nouveau, qui est un point de vue économique, l'a amené récemment à admettre le maintien d'une boucherie municipale susceptible d'entraîner « en

1. JÈZE, *op. cit.*, p. 103.

ce qui concerne la viande fraîche, la régularisation des cours d'une denrée de première nécessité »¹.

Mais il y a surtout une matière où il est souhaitable que l'administration intervienne : c'est celle des *transports en commun*. On estime qu'ici l'intervention administrative est nécessaire parce que seule elle peut permettre une coordination des réseaux, l'activité privée soumise à la loi de l'égoïsme délaissant les lignes peu fructueuses au profit des lignes à rendement.

Ce point de vue, que les faits récents, ont imposé est traduit par cette idée que l'administration ne doit pas se désintéresser des transports, que les transports constituent un *service public*; il est à la base de la réorganisation opérée en 1934 par le gouvernement; il apparaît dans chaque ligne des conclusions du Conseil national économique qui sont, au moins en partie, à l'origine de cette réorganisation². Il n'est pas douteux qu'il soit également le point de vue, la *conception économique du Conseil d'Etat* : il suffit de songer que c'est sur le rapport de M. Josse qu'ont été prises les conclusions du Conseil national, il suffit aussi d'entendre M. Rivet dans l'affaire Planche affirmer que « le service des transports est le type même du service public », que « la mission de l'administration ne se limite pas en la matière à la police ou à la conservation du domaine, mais qu'il lui incombe de veiller à ce que l'organisation d'un service d'utilité primordiale soit, tant au point de vue du tracé des parcours qu'à celui des horaires et des tarifs, inspirée avant tout par le souci de l'intérêt général, qu'il s'agit de satisfaire ».

2° La défaillance de l'initiative privée. — Il y a là encore une appréciation qui dépend des idées, des conceptions du juge et qui peut par conséquent s'expliquer par ces conceptions.

Il y a en effet deux façons de concevoir une organisation de transports en commun : la première consiste à envisager

1. Zénard, 24 nov. 1933, S. 1934, III, 107, *Note de M. Mestre*.

2. On trouvera ces conclusions au *Journ. off.* du 23 février 1934.

isolément chaque ligne et chaque moyen de transport comme constituant autant de services publics ; la deuxième à envisager *dans son ensemble* un réseau, une région à desservir et d'autre part un besoin général du public à satisfaire par des procédés techniques qui peuvent varier avec les progrès mécaniques mais qui constituent toujours le même service public.

Ces deux conceptions entraînent une appréciation différente des cas où l'initiative privée est défailante : avec la deuxième, si l'initiative privée est défailante sur certaines lignes, on déclarera qu'elle est insuffisante pour satisfaire les besoins du public dans leur ensemble ; l'administration trouvera dans cette insuffisance un motif légitime d'intervenir et son intervention ne sera pas limitée aux lignes délaissées.

Mais rien n'impose juridiquement l'une plutôt que l'autre de ces conceptions, le choix est dicté uniquement par les *idées*, les *tendances*, la *manière de voir du juge*.

C'est cette deuxième conception qu'adopte le Conseil d'Etat ; elle le conduit à apprécier d'une manière particulière la défailance de l'initiative privée, et à donner un caractère particulier à la *substitution* des moyens de transport et à l'*extension* des services.

Le service public est d'abord conçu non comme l'organisation d'un procédé technique déterminé, mais comme une *intervention destinée à satisfaire un besoin général*, intervention qui n'est pas liée à certains procédés.

Cette conception avait déjà été appliquée à la *matière de l'éclairage* : le service public de l'éclairage n'est pas lié à un procédé technique par exemple à l'éclairage par le gaz, s'il apparaît des moyens nouveaux pour satisfaire les besoins du public ils font partie du service primitif ; ce point de vue a dominé la fameuse jurisprudence du gaz et de l'électricité, il s'y est traduit par la théorie de l'extension des stipulations contractuelles aux inventions nouvelles. Les compagnies gazières ne gèrent pas un service limité au procédé du gaz mais le service général de l'éclairage ; le Conseil d'Etat en a tiré deux conséquences : les garanties accordées au concessionnaire

valent à l'égard des procédés nouveaux d'éclairage¹, l'obligation de faire fonctionner le service s'applique aussi à ces procédés nouveaux : le concessionnaire peut être mis en demeure de substituer l'électricité au gaz².

Ce sont également ces deux conséquences que la jurisprudence a appliquées à la *matière des transports* : ce service est la satisfaction d'un besoin du public par des procédés techniques qui peuvent varier avec le progrès ; les procédés nouveaux ne sont pas des services publics nouveaux, ils traduisent seulement la loi de l'évolution des services publics et de leur adaptation aux besoins : le concessionnaire peut être obligé de substituer des transports automobiles aux modes désuets de transports, cette obligation n'est que le devoir d'assurer le service public.

A l'inverse le concessionnaire trouve dans l'autorisation du service primitif l'habilitation, nécessaire à l'égard des concurrents, pour faire fonctionner des entreprises qui ne sont que l'adaptation, la modernisation du service.

Cette manière de concevoir le service public justifie la *substitution* de services automobiles aux services du rail. La substitution est considérée comme « le meilleur aménagement d'un service public existant » (Planche).

La *jurisprudence judiciaire* apprécie de la même manière les faits de substitution ; elle considère que « les autobus ne sont que l'accessoire ou le complément utile de la voie ferrée » (*Besançon, Gaz. Pal.* 1934, 255) ; elle en déduit que la concurrence faite aux entreprises privées par des entreprises publiques d'autobus qui ne font que doubler les tramways ou se substituer à eux ne constitue pas une concurrence illicite ou déloyale susceptible d'engager la responsabilité du concessionnaire ou de l'administration (*St-Etienne D. H.* 32.247 ; *Lyon DH.* 1931, *Somm.* 38)³.

1. V. ci-dessus Titre II, chap. II.

2. C. E., 10 janvier 1902, *Déville-les-Rouen*, S. 1902, III, 17, *Note Hauriou*.

3. « Rien ne peut empêcher un concessionnaire de tramways d'exploiter parallèlement aux lignes de tramways des lignes d'autobus qui en l'état actuel

C'est encore une conception économique qui a amené la jurisprudence à justifier l'*extension* des services. Cette conception, qui est dans la note du jour, que l'on retrouve par exemple largement utilisée dans les conclusions du Conseil national économique déjà citées, est la suivante : Un service de transport doit être conçu comme une *organisation d'ensemble*, dans cette organisation chaque ligne ne doit pas être envisagée isolément, ce qu'il faut envisager c'est toute une région à desservir, tout un réseau à organiser : « L'organisation d'un régime de transports en commun, déclare M. Rivet dans ses conclusions précitées, dépend normalement du département lui-même, seul capable de dresser un plan d'ensemble rationnel, inspiré de l'intérêt du public ». C'est cette conception économique qui est passée dans le décret-loi de 1934 lequel prévoit la réorganisation des transports par régions, par zones. Elle a conduit le Conseil à apprécier d'une certaine manière la défaillance de l'initiative privée et à élaborer une théorie du « *complément utile* » : sont justifiées toutes les extensions qui peuvent être regardées comme le complément utile du service. Dans l'affaire Planche le Conseil estime que le prolongement jusqu'au chef-lieu constitue ce complément. Il a décidé sur une question différente que les facilités de stationnement que la ville de Paris avait le droit d'accorder à son concessionnaire des transports en commun pouvaient être étendues « aux services spéciaux qui, bien qu'en dehors de la concession constituent un complément utile du service concédé¹ ». La jurisprudence judiciaire a de même décidé que le concessionnaire pouvait sortir de sa concession pour adjoindre au service son « complément nécessaire », par exemple pour « dépasser de quelque peu le terminus de la ligne² ».

des moyens de transport en sont le corollaire naturel du fait qu'elles concourent à la meilleure et plus complète exécution du service concédé par le renforcement et la modernisation des lignes urbaines et suburbaines... »

(*Trib. comm. de St-Etienne*, 5 février 1932, D. H. 1932, 247).

1. 26 juin 1931, *Chambre syndicale des loueurs d'autocars*, S. 1932, III, 69.

2. *Lyon*, 5 nov. 1930, D. H. 1931, *somm.* 38 « Légalité de l'emploi d'autobus en vue soit de remplacer, soit de doubler des lignes existantes même s'ils ne suivent pas le même itinéraire et dépassent de quelque peu le terminus de la ligne ».

3° L'atteinte à la libre concurrence. — Voilà encore une appréciation qui dépend de la mentalité du juge, qui peut être faite de façons différentes sans que le principe juridique soit modifié, sans qu'il faille chercher une explication juridique de l'appréciation nouvelle :

Pendant longtemps la jurisprudence estimait qu'il y avait toujours atteinte à la libre concurrence ; la jurisprudence judiciaire faisait seulement une réserve dans le cas de la concession : elle examinait si, *en fait*, étant donné l'organisation de l'entreprise, le concessionnaire profitait d'avantages et de privilèges le plaçant dans un état de supériorité par rapport à la concurrence ; dans ce cas seulement il y avait atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie¹.

Or, depuis quelque temps, le Conseil d'Etat semble avoir tendance à porter une appréciation nouvelle : il examine si en fait les activités privées ont vraiment souffert de la concurrence qui leur était faite. Ainsi, dans l'affaire Zénard, il constate que « le maintien de la boucherie municipale n'a pas eu pour effet de réduire le nombre des boucheries privées qui, au contraire, est allé en augmentant ». Nous avons vu qu'en notre matière il constatait aussi dans l'affaire Planche que l'intervention administrative « ne portait pas atteinte au droit des particuliers d'exploiter d'autres lignes sur le même parcours ».

Enfin il faut faire une dernière remarque dont l'intérêt ne nous paraît pas négligeable : s'il est vrai que l'abstention imposée aux administrations locales tenait à la crainte de voir la gestion d'entreprises commerciales créer des *déficits budgétaires*, on s'explique très bien que la règle cesse de s'appliquer en notre matière puisqu'il s'agit précisément d'une défense économique en vue de *réduire des déficits*.

Ainsi les solutions de la jurisprudence s'expliquent par les conceptions économiques du moment, c'est-à-dire par les principes de l'*interventionnisme*. Elles peuvent s'expliquer

1. Besançon, précité.

Poitiers, 20 juillet 1932, S. 1933, II, 11 (1^{re} espèce).

ainsi parce que la règle qu'elle paraissait enfreindre n'est que le résultat de ces conceptions économiques.

II. Les caractères du service public économique.

Nous avons essayé de montrer comment s'explique l'élargissement du pouvoir de l'administration de créer des services publics économiques dans des cas où ils concurrencent des entreprises privées existantes. Mais il reste une autre explication à fournir. Comment, dans cette intervention l'administration peut-elle se décider par des considérations d'*intérêt financier*?

Il était admis jusqu'ici que l'organisation d'un service public économique ne devait s'inspirer que d'un but d'intérêt général. Or cette règle n'était pas comme la précédente sous la dépendance de simples considérations économiques : elle s'appuyait sur la *notion même du service public* qui n'est pas une entreprise destinée à procurer des profits à l'administration mais une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt public¹. Elle s'appuyait aussi sur le *principe général* qui commande toute intervention des agents publics : l'administration ne doit jamais se décider que par des considérations d'intérêt général (*Pagès*, 22 mars 1901, S. 1903, III, 73). Or dans la doctrine et dans la terminologie ordinaire on opposait la notion d'intérêt général et celle d'intérêt financier; cette opposition est si sensible que le Conseil d'Etat, lorsqu'il veut écarter un grief de détournement de pouvoir tiré du but financier, constate que l'acte administratif qu'on lui défère a été accompli « dans l'intérêt général² ».

1. C'est là la conception classique du service public. C'est notamment celle du Conseil d'Etat, précisée à maintes reprises par ses membres les plus éminents : « Le service public est fait pour donner satisfaction régulière et continue à des besoins collectifs » (*Concl.* CORNEILLE sur C. E., 8 fév. 1918, R. D. P. 1918, p. 246). « Les services publics ont pour but de procurer aux habitants la satisfaction de besoins généraux... » (*TARDIEU, concl. s. Winkel*, 7 août 1909, p. 1302) CHARDON. (*Le pouvoir administratif*, 1910, p. 205) ; « La nation érige en services publics certains services... parce qu'elle les considère comme indispensables à la vie de chaque citoyen » — cf. HELBRONNER, *Concl. S. C. E.*, 18 juillet 1913.

2. P. ex. : *Ratto*, 6 janvier 1933, S. 1933, III, 45.

Comment donc expliquer que les mobiles financiers soient maintenant accueillis avec moins de sévérité lorsqu'il s'agit de l'activité économique des départements et des communes?

On a dit que précisément il n'était plus exact que l'intérêt financier et l'intérêt général s'excluent aussi rigoureusement; on assisterait à un *élargissement de l'intérêt général* qui admettrait maintenant l'intérêt financier; à une époque où les considérations budgétaires sont pour les collectivités une question vitale il ne serait plus possible de détacher ces considérations de l'intérêt général¹; la muraille qui sépare l'ordre administratif et l'ordre financier recevrait tous les jours de nouvelles brèches comme celle qui sépare l'ordre administratif et l'ordre économique².

Nous croyons qu'en effet c'est vers ce point de vue qu'il faut chercher l'explication mais nous croyons surtout qu'il faut la préciser; il y a en effet une tendance certaine, lorsque l'on revient sur l'hostilité au but financier, à exagérer en sens inverse, à considérer que l'intérêt financier doit s'identifier avec l'intérêt général; la police de la conservation a déjà fourni un exemple de cette confusion abusive.

Pourquoi et dans quelle mesure l'intérêt financier est-il admissible lorsqu'il s'agit de l'organisation des services publics économiques?

Cette raison et cette mesure nous les voyons dans les *caractères mêmes de ces services*; des *décisions récentes* de la jurisprudence nous fournissent d'autre part sur ce point une indication et une confirmation précieuses.

I. A notre avis il faut en la matière chercher le fondement d'une intervention financière dans le *principe de la continuité de fonctionnement du service public* car ce principe présente

1. V. sur l'application de cette idée aux services économiques locaux : ALIBERT *Note sous l'arrêt Planche*, S. 1933, III, 81.

2. Sur l'élargissement de la notion d'intérêt public, v. MESTRE, *note sous l'arrêt Zenard*, S. 1934, III, 107 — cf BELIN, *Recherches sur la notion d'utilité publique*, thèse Paris, 1933.

lorsqu'il s'agit de services économiques un aspect très particulier.

De pareils services ont en effet un caractère qui les distingue nettement au sein des autres services publics : ils sont par définition livrés aux aléas de la concurrence, de la vie économique, en particulier aux aléas, aux risques financiers ; il en résulte que le *point de vue financier* joue pour eux un rôle sur lequel il est impossible de fermer les yeux¹.

L'importance de ce point de vue financier s'est traduite de façons multiples dans les rapports avec le concédant, ces rapports ont soulevé des *questions financières*, ont provoqué des *formes financières*, ont imposé des *règles financières* nouvelles : toute la *jurisprudence de l'imprévision*, qui s'est développée à l'occasion des services économiques ; l'apparition de *formes budgétaires nouvelles de type industrialisé*, le développement de *types nouveaux de service public* caractérisés par leur organisation financière : régies intéressées, systèmes d'économie mixte, montrent bien qu'il a fallu soumettre les services économiques, en raison de leur caractère économique, à des règles spéciales, dominées par l'*importance du point de vue financier*.

Cette importance domine également le principe général de la *continuité* : cette continuité présente ici ce caractère particulier d'être une continuité financière. Dire qu'un service public économique doit continuer, doit vivre c'est dire qu'il doit *vivre financièrement* : la viabilité, la protection du service public, qui sont des principes généraux de tous les services publics, manifestations du principe général se continuité, revêtent, lorsqu'il s'agit d'une entreprise industrielle ou commerciale, un aspect nouveau. Sans doute la vie du service peut toujours être assurée par des sacrifices pécuniaires exigés du concédant mais on ne peut raisonnablement demander à une collectivité de se ruiner pour

1. V. sur ce point la note de M. Blaevot au D. P. 1932. III. p. 65, 1^{re} col., et la note de M. Mestre sur la conciliation des exigences du service public et de l'esprit de lucre, sous *Cass. Req.*, 18 avril 1910, S. 1911.1.33.

faire vivre un service, le recours au concédant à des limites, le Conseil d'Etat vient de donner à ces limites une valeur juridique : dans l'affaire des tramways de Cherbourg à laquelle nous avons déjà fait allusion il a décidé que le service « qui n'est plus payant » ne doit pas s'attendre à vivre indéfiniment d'expédients : l'entreprise de tramways qui n'est plus viable n'a pas à compter sur de perpétuelles indemnités d'imprévision, elle doit assurer par ses propres moyens sa défense financière, elle doit disparaître ou se transformer; comme le principe de la continuité lui interdit de disparaître, c'est vers la seconde solution qu'elle doit se tourner : la transformation, la réorganisation dans un but de défense financière; c'est dans ce but qu'elle substituera des autobus à ses voitures. La défense financière est donc en matière de services publics économiques l'aspect normal du principe de continuité.

II. Mais ce fondement que l'on assigne ainsi à la mesure financière indique une première limite.

Cette limite est donnée par l'opposition du *but lucratif* et du *but de défense* : en la matière, l'intérêt public comporte le but de défense, il ne comporte pas le but lucratif.

Il serait donc inexact de dire que l'intérêt général admet maintenant l'intérêt financier; il y a toujours quelque chose qui reste interdit : la création l'organisation ou la réorganisation d'un service dans le but de réaliser des bénéfices. La collectivité locale est inapte à poursuivre un pareil but parce que celui-ci est étranger aux intérêts qui ont donné naissance au groupement territorial¹.

En revanche elle doit toujours pouvoir réorganiser, étendre ses services économiques dans un but de défense financière

1. Sur la question du but financier dans les services publics industriels et commerciaux, v. P. LAROQUE, *Les usagers des services publ. ind. et comm.*, thèse Paris 1934, p. 52.

Il faut ajouter que le service a naturellement le droit de réaliser des bénéfices; il n'y a là que l'application de la distinction entre le *but* financier et le *résultat* financier, conséquence de la théorie générale du détournement de pouvoir dont on a vu une autre application en matière de police de la conservation.

parce que celle-ci assure la continuité d'une entreprise d'intérêt public.

Dans l'affaire des autobus antibois dont nous parlerons plus tard, l'intervention du maire de Cannes avait pour but de protéger le tramway communal en interdisant la concurrence des particuliers; les requérants alléguaient le but financier; dans ses conclusions¹, M. Latournerie écarte l'argument : la ville était liée à la compagnie par une clause de participation aux bénéfices mais en fait la Compagnie était constamment déficitaire, le but de l'intervention était donc, précise le commissaire du gouvernement, non l'espérance de bénéfices mais le désir de *réduire les subventions communales*. La distinction pourrait paraître subtile; si l'on tient compte de ce que nous venons de dire elle est des plus logiques, elle éclaire bien l'opposition du but lucratif et du but de défense financière, opposition qui garde sa valeur dans tous les problèmes où se trouve engagé un service public économique.

III. Voilà donc une première limite apportée à la légitimité du but financier: un pareil but ne peut être qu'un but de défense financière. A cette limite il faut en ajouter une *seconde* qui se dégage de la récente jurisprudence du Conseil : le but de défense financière n'est correct que lorsqu'il s'agit de l'*aménagement*, de l'*extension* mais non de la création d'un service.

Dans une affaire Blanc (19 mai 1933, S. 1933, III, 80), le Conseil d'Etat a décidé qu'une municipalité ne pouvait créer une buanderie pour couvrir par les bénéfices de cette entreprise le déficit d'un établissement communal de bains-douches. L'administration ne peut donc créer un service public pour en renflouer un autre, établir entre deux services différents un lien financier fictif; le service public doit assurer lui-même sa propre défense financière.

On a vu au contraire que dans l'affaire Planche le « prolongement nécessaire » dans un but financier était correct.

1. *Sté des autobus antibois*, D. P. 1932.III.65.

Ces solutions semblent appliquer un principe plus général qui est celui de l'*indépendance des services publics* : l'administration ne doit pas dans la gestion d'un service s'inspirer des intérêts et des besoins d'un autre service ; il y a là une règle d'indépendance dont le Conseil d'Etat fait assez souvent application : le 29 juillet 1932 (D. P. 1933, III, 43) il avait déclaré illégal le maintien d'un instituteur à la tête d'une école primaire en vue de permettre au conseil municipal de disposer d'un instituteur pour le secrétariat de la mairie ; l'administration agissait là dans l'intérêt général mais non dans l'intérêt précis du service dont elle avait la charge.

En matière de services publics économiques le Conseil a eu l'occasion de préciser la règle de l'extension du service dans un but de défense financière à l'occasion d'un aspect assez nouveau des problèmes des régies municipales : celui du *maintien du service public* : dans l'affaire Lavabre (23 juin 1933.S.1933, III, 86), il décide qu'une boucherie municipale créée à un moment où l'initiative privée était défailante, peut être maintenue alors que cette circonstance a disparu en vue d'éviter que la suppression brusque de l'entreprise commerciale ne provoque un déséquilibre financier, la perte des sommes engagées non encore amorties ; il y a là un prolongement, une extension du service dans le temps justifiée dans un but de défense financière.

En définitive la formule du but financier à laquelle on aboutit et qui s'explique logiquement par le caractère et les conditions économiques des services publics commerciaux se ramène à ceci : l'intervention financière justifiée c'est *l'extension du service public dans un but de défense financière*.

L'affaire Lavabre marque la *défense financière d'un service public par son extension dans le temps*. L'affaire Planche traduit la *défense financière d'un service public par son extension dans l'espace*.

IV. La jurisprudence a très logiquement appliqué ces idées à l'organisation de services publics de transports automobiles.

La *création* d'un service automobile ne doit avoir pour but que la *satisfaction d'intérêts du public*.

La *substitution*, l'*extension* du service peuvent avoir un *but de défense financière*; les tribunaux appliquent à l'extension cette idée du « complément utile » dont nous avons déjà parlé; le point de vue que nous venons d'exposer éclaire en particulier la formule de l'arrêt Planche où le prolongement de la ligne est considéré comme « un complément nécessaire »; il justifie cette nécessité qui était pourtant une nécessité d'ordre financier.

En revanche, l'*extension* du service public ne doit pas avoir un *but lucratif* : la pratique administrative et la jurisprudence déclarent irrégulière l'exploitation par un concessionnaire en dehors du réseau concédé, de services spéciaux ayant uniquement pour but la recherche de profits. L'administration s'est opposée à l'exploitation dans une région largement desservie, les Alpes maritimes, par des concessionnaires de transports de services spéciaux rémunérateurs¹. Une nombreuse jurisprudence judiciaire déclare en faute et responsables pour concurrence illicite ou déloyale des concessionnaires qui sortent de la concession pour exploiter en dehors du réseau concédé des services lucratifs dès que ces services « ne peuvent être considérés comme accessoires de la concession² ».

Ainsi l'intervention que l'on vient d'étudier, qui est l'intervention des collectivités locales en vue d'utiliser leurs voies publiques par des services économiques, s'explique logique-

1. V. S. 1933, III, 84 col. 2, *concl. de M. Rivet*.

2. *Lyon*, 5 nov. 1930. D. H. 1931, *Somm.* 38 : « La location d'autobus pour effectuer des transports hors du réseau ne saurait être considérée comme un accessoire de la concession. »

Poitiers, 20 juillet 1932, S. 1933.II.11, 1^{re} et 2^e espèces : Interdiction d'employer des autobus en dehors du réseau sous peine d'une astreinte de 500 fr. par infraction.

St-Etienne, 5 févr. 1932, D. H. 1932.248 : « ...Il en serait autrement si la compagnie exploitait avec ses autobus des lignes autres que celles qu'elle dessert déjà avec ses trams et faisait des transports spéciaux en dehors de son réseau. »

ment si l'on tient compte du véritable caractère de ces services et du véritable caractère de la règle qui, jusqu'ici, s'opposait à leur création. Il est inutile pour l'expliquer de faire appel aux droits que l'administration exerce sur son domaine public. De cet appel, les interventions dont on va maintenant aborder l'étude révèlent au contraire la nécessité.

SECTION III. — LA RÉGLEMENTATION DES ENTREPRISES PRIVÉES DE TRANSPORT.

L'action du pouvoir administratif dans le domaine des transports publics automobiles ne se traduit pas seulement par l'organisation de services publics, elle comporte une intervention à l'égard des entreprises privées en vue de leur imposer des obligations. Cette intervention joue de deux manières : elle s'exerce d'abord par des pouvoirs généraux de *réglementation* dont nous avons dit dans la première partie qu'ils étaient ici élargis — ensuite par le pouvoir spécial de soumettre ces entreprises à un régime d'autorisation préalable ce qui permet de subordonner l'autorisation à des *conditions individuelles*.

Cette intervention a soulevé depuis quelque temps comme la précédente et par suite des mêmes circonstances économiques, d'importants problèmes de droit.

1° On s'est d'abord demandé si les agents publics pouvaient dans leur intervention, se préoccuper des intérêts du public ? On a l'habitude depuis longtemps d'affirmer, de proclamer que les transports constituent un *service public*, ne peuvent vivre que dans un régime de service public, que même lorsque ce service est assuré par des particuliers les pouvoirs publics ne doivent pas se désintéresser de la façon dont il est assuré, qu'ils doivent se préoccuper de savoir si les besoins du public sont convenablement satisfaits, si l'on applique pour les satisfaire les principes essentiels du service public : la primauté de l'intérêt général, l'égalité devant le service public, la continuité du service public.

Les agents publics peuvent-ils s'inspirer de ces préoccupations lorsqu'ils réglementent ? Peuvent-ils fixer les itinéraires, les horaires, les points de stationnement des entreprises privées en s'inspirant non plus des nécessités de la police, de l'encombrement des voies, mais des *besoins du public*, des régions à desservir ? Peuvent-ils subordonner l'autorisation imposée à la condition de fonctionner régulièrement, d'assurer le service ?

2° Il s'est posé un autre problème qui a été un deuxième, épisode de la lutte administrative entre les moyens publics et privés de transport.

Ce problème s'est surtout illustré d'une lutte implacable, acharnée que dans de nombreux départements les préfets ont livrée aux entreprises privées de transport de personnes ; à l'égard de ces entreprises, on sait que les préfets disposent du pouvoir de fixer les points de stationnement ; ils ont cherché souvent par des arrêtés draconiens, à se préoccuper dans l'exercice de ce pouvoir des intérêts du service public concurrent, de la ligne de tramway parallèle.

Cette pratique a suscité une question un peu différente de la précédente :

Les agents publics peuvent-ils lorsqu'ils réglementent les entreprises privées se préoccuper non des nécessités de la police, non plus même des intérêts du public, mais des *intérêts d'un service public* ? Peuvent-ils intervenir dans la vie économique pour *résoudre une question de concurrence*, pour *favoriser un concurrent* ?

Ces deux séries de questions évoquent un même problème : il s'agit dans les deux cas d'une intervention dans un *but économique* : intérêt du public ou intérêt d'un service public. Si cette intervention est déclarée régulière comment l'expliquer juridiquement ? Comment expliquer que les agents publics puissent régler l'usage commun des voies publiques dans un but économique ?

§ I. L'évolution de la jurisprudence.

Nous avons dit la position adoptée par la *théorie traditionnelle*. L'usage des voies publiques ne peut être réglementé que dans un but de police. D'autre part la théorie des conditions imposées à l'usage de la voirie a toujours été sévère; d'une manière générale (nous avons eu l'occasion de le constater même en matière d'occupations anormales) la jurisprudence répugne à admettre pour les usagers de la voirie une situation juridique individuelle. L'intervention économique ne peut être réalisée que par le procédé du contrat. On va voir précisément que c'est d'une manière assez curieuse par un procédé contractuel qu'a pu s'opérer la transformation; cette transformation donne au pouvoir des agents publics un caractère nettement économique, il peut en effet s'exercer maintenant aussi bien dans l'intérêt du public que dans celui des services publics.

I. L'intérêt du public.

On sait qu'à côté des concessions de service public comportant une occupation du domaine il existe des concessions de voirie sans service public c'est-à-dire des utilisations privées pour lesquelles l'occupation est le résultat d'un contrat passé avec l'administration et non d'une permission unilatérale mais sans que l'occupant gère un service public; c'est par ce procédé intermédiaire entre la permission d'occupation et la concession de service public que semble s'être introduite la possibilité d'une réglementation économique; c'est en effet un acte de ce genre, une concession de stationnement que l'on trouve dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 fév. 1872 (D. P. 1873. I. 60) dans lequel est évoqué un régime de conditions imposées à une entreprise de transport dans l'intérêt du public : la Cour écarte la compétence du conseil de préfecture parce qu'il n'y a pas « concession de travail public » (il faut lire aujourd'hui : de service public)

et elle retient la compétence judiciaire parce qu'il s'agit d'un contrat.

Cette tendance encore timide a aujourd'hui pris corps : en dehors de tout élément synallagmatique l'administration peut intervenir auprès des entreprises privées pour leur imposer des conditions qui ne peuvent plus être considérées comme des conditions de police.

Il y a d'abord des réglementations qui ont pu primitivement se justifier par les nécessités de la police mais qui sont maintenant *exercées dans l'intérêt du public* : par exemple la fixation de l'itinéraire¹, des horaires², des points de stationnement ; ce dernier pouvoir en particulier est prévu nous l'avons dit par le code de la route qui en confie l'exercice au préfet (art. 39). Ce texte était jusqu'ici généralement interprété comme organisant un pouvoir non dans un simple but de police mais dans l'intérêt du public et des clientèles à desservir³ ; les récentes circonstances de l'affaire Beaumont dont nous avons déjà parlé et les conclusions détaillées de M. Andrieux dans cette affaire ne laissent plus de doute à ce sujet⁴.

La réglementation de police a donc nettement changé de but. La notion traditionnelle de sécurité y subit un élargissement hardi : elle en est venue à recouvrir des considérations qui n'ont vraiment plus de rapport avec elle : la vieille explication des tarifs obligatoires par la préoccupation d'éviter des rixes sur la voie publique paraît un subterfuge naïf qui masque la véritable intention économique, intention que souligne en d'autres matières l'intervention de la puissance publique pour diriger les prix (v. affaire Zénard précitée).

1. Cass. 3 juin 1930, *Min. pub. contre Carrière*, D. H. 1930, 397.

2. C. E. 5 juin 1931, *Rolquin*, S. 1932.III.64 — 11 juillet 1934, *Beaumont*, D. P. 34.III.67. *Trib. St-Pol de Léon* (*Semaine jur* 13 mai 1934) : Sanctionne un arrêté municipal imposant un horaire.

3. Sur cette interprétation et dans ce sens : MONSARRAT, *note au Dalloz pér.* 1927, 1.173.

4. *Concl. Andrieux*, D. P. 1934, III, 46 : « A quel titre le préfet intervient-il pour fixer ces points ? Ce n'est plus le simple exercice du pouvoir de police dont nous avons parlé pour justifier l'exigence d'une autorisation. Il paraît certain que l'art. 39 entend faire intervenir les préfets pour l'organisation générale du service de transport... »

Plus curieux encore le cas de l'assurance obligatoire : si la sécurité justifie l'imposition de règles destinées à prévenir les accidents, peut-elle suffire à légitimer le droit de l'autorité de police de s'immiscer dans le règlement financier des responsabilités ? La question de l'assurance obligatoire des automobilistes et surtout des transporteurs est à l'ordre du jour ; en l'absence de toute loi un simple administrateur peut-il subordonner l'autorisation qu'il délivre à une entreprise à l'obligation d'assurer sa clientèle ? Le Conseil d'Etat l'a récemment admis ; il est même allé jusqu'à déclarer responsable, en cas d'accident, l'administration qui, ayant imposé l'obligation, a autorisé une entreprise qui n'était pas assurée¹

Enfin, un arrêt du 4 mai 1929 (*Lefebvre du Grossiez*, p. 470). est plus significatif encore : l'administration peut subordonner l'autorisation accordée aux voitures de place à l'obligation d'assurer le service et retirer le permis de stationnement aux transporteurs qui négligent d'occuper leur place à la station. Si l'on rapproche cette décision des nombreux règlements municipaux qui obligent les voitures de place à répondre à tout requérant, le véritable caractère de l'intervention administrative est mis en pleine lumière : continuité du service, égalité devant le service, obligation d'assurer le fonctionnement régulier du service, la préoccupation de soumettre l'activité privée aux règles mêmes du service public traduit la *nature essentiellement économique* de l'intervention.

Cette nature économique est encore mieux éclairée par une autre transformation : les agents publics peuvent maintenant réglementer les entreprises privées non plus seulement dans l'intérêt du public mais dans l'*intérêt d'un service public*. Nous connaissons le principe traditionnel : l'administration ne peut pas intervenir dans la concurrence pour résoudre une question de concurrence, pour prendre parti en faveur d'un

1. 2 juin 1933, S. 1933.III.119 : « L'autorité administrative peut prescrire que l'autorisation de circuler ne sera accordée qu'aux entrepreneurs de transport qui justifieront s'être couverts auprès d'une compagnie d'assurances des risques d'accidents envers les voyageurs transportés. »

concurrent; on ne distinguait pas suivant que ce concurrent était un particulier ou le gérant d'un service public. C'est précisément cette distinction que l'on fait maintenant :

II. *La concurrence entre particuliers.*

L'administration est toujours incompétente pour intervenir dans *la concurrence entre particuliers*. La jurisprudence annule toujours sans pitié tous les actes d'administration municipale qu'animent des mobiles de politique économique.

Les maires ont souvent cherché à pratiquer dans le cadre de leur commune et au moyen des pouvoirs qu'ils exercent sur le domaine une politique locale d'économie dirigée. Ces pratiques ont donné lieu à une jurisprudence des plus nettes; elle illustre deux aspects curieux de l'intervention dans la concurrence commerciale : la *protection des commerçants locaux contre les forains* — la *protection de certains entrepreneurs privés de transport*.

A. Le *forain* a toujours subi dans la pratique administrative les conséquences de cette hostilité à l'égard de l'étranger dont nous avons déjà parlé plus haut.

L'éternel conflit entre le marchand forain et le commerçant local peut-il être résolu par une intervention administrative ?

Il est des cas où cette intervention est prévue par *la loi* : il y a des genres d'activités économiques pour lesquelles la loi prévoit un régime d'autorisations discrétionnaires destinées à assurer la protection du commerce local : c'est par exemple ce qui se produit pour certaines ventes à cri public¹; l'intervention des agents publics, organisée par la loi s'explique directement comme un cas d'interventionnisme légal, la gestion de la voirie et les pouvoirs sur la voirie n'ont rien à y voir; c'est si vrai que le pouvoir du maire est le même lorsque la vente a lieu en dehors du domaine public (C. E. 3 mars 1933. S. 1934. III. 35 : *Vente à l'hôtel Carlton à Lille*).

¹ 1. Ventes de soldes et déballages (L. 1906) v. les *concl.* de M. Chardonnet S. C. E., 13 juin 1911, p. 700.

Mais en dehors de la loi, le maire ne peut-il utiliser les pouvoirs généraux qu'il possède sur la voirie, régler l'usage de cette voirie en vue de *diriger la concurrence économique* ?

La jurisprudence a toujours réprimé sévèrement ces tentatives locales d'économie dirigée ; le Conseil d'Etat s'est fait à maintes reprises le défenseur du forain : l'administration ne peut chercher à favoriser certains concurrents, lorsque ces concurrents sont des particuliers. Dans une affaire Witschitz (14 nov. 1924. D. H. 1925, 9) il annule la répartition des emplacements sur un marché, répartition dans laquelle les emplacements les plus favorables étaient réservés aux habitants de la commune. Dans une affaire toute récente la Cour de cassation applique les mêmes principes à la réglementation des « braderies » : le maire de Rennes avait pensé que s'agissant d'une fête locale, au bénéfice des habitants de la ville, il pouvait refuser aux commerçants autres que ceux de la localité l'autorisation de vendre sur la voie publique ; en écartant son arrêté, la Cour rappelle que toute tentative en vue de résoudre une question de concurrence entre particuliers est entachée d'une illégalité essentielle¹.

B. Ce sont les mêmes principes qui inspirent la *jurisprudence sur le stationnement des voitures de place*.

C'est là un autre aspect des problèmes que soulève cette utilisation de la voie et dont nous avons déjà parlé : il s'agit ici du but que peut poursuivre l'administration lorsqu'elle réglemente ce stationnement et en particulier lorsqu'elle accorde ou refuse à un entrepreneur l'autorisation de faire stationner ses voitures.

1. Cf. C. E. 17 nov. 1899 *Certier*, D. P. 1901.III.11 : Annulation d'un arrêté interdisant aux marchands forains de vendre des objets fabriqués par les commerçants de la ville ou de vendre à proximité des magasins où se trouvent des produits similaires. Le maire avait estimé que la vente sur la voie publique n'est autorisée que pour des « raisons d'humanité » ; le Conseil d'Etat répond que la réglementation ne peut viser « la sauvegarde des intérêts du commerce de détail ». Par contre un arrêt Gonnet (1918, p. 1027) semble admettre une réglementation inspirée de considérations économiques : Répartition des places dans un marché, dans laquelle l'administration tient compte de « la situation nécessitante de certains usagers ».

Le Conseil d'Etat a eu à maintes reprises l'occasion d'annuler de pareilles mesures *prises dans l'intérêt de certains transporteurs* : refus à un particulier de faire circuler et stationner dans la ville de Bayonne dix voitures, la décision était prise à la suite d'une réunion à la mairie des entrepreneurs de voitures de place de la localité (*Lebon* 1928 p. 204) — Refus dans l'intérêt de la corporation des maîtres-cochers et chauffeurs de taxis (*Germann*, 6. dec. 1929 — D. H. 1930, p. 57). Dans deux arrêts tout récents (*Clapier*, 8 nov. 1932 — *Fouenard* 22 fév. 1933, cités par *M. Parodi dans ses conclusions sur l'affaire Vavas seur*. S. 34, III, 61) le Conseil annule même la limitation par les maires de Grasse et de Dreux du nombre de voitures que chaque entrepreneur est admis à faire stationner; cette mesure, correcte lorsqu'elle est prise dans l'intérêt de la facilité de la circulation (*Vavas seur*, 20 octobre 1933, S. 1933, III, 61 : arrêté du maire de Maisons-Lafitte limitant le nombre à 7) est irrégulière lorsqu'une limitation excessive (une ou deux voitures) fait apparaître qu'elle a été inspirée par le désir de favoriser les loueurs qui n'ont qu'un petit nombre de voitures.

III. L'intérêt du service public.

Ainsi l'administration ne peut intervenir sur la voie publique pour résoudre une question de concurrence entre particuliers. Mais il n'en est plus de même *lorsqu'un des concurrents est un service public*. La réglementation peut s'inspirer de *l'intérêt de ce service public*; favoriser ce service ou défavoriser les entreprises privées concurrentes.

Pareille intervention était jusqu'ici rigoureusement impossible; qu'il s'agit de particuliers ou de services publics la règle de l'égalité des usagers jouait impitoyablement. Sans doute l'intérêt public exigeait-il parfois que certains avantages fussent accordés aux services publics : il était admis par exemple qu'une ville pouvait accorder des priorités de circulation aux voitures de sapeurs-pompiers (*Kraencker*, 8 juin 1934, D. H.,

34, 398); mais de pareilles faveurs ne pouvaient avoir pour but de donner à un service public commercial une position privilégiée dans la concurrence.

Cette intervention est maintenant déclarée régulière: dans un arrêt tout récent du 11 juillet 1934 (*Meley*. D. P. 1934, III, 48) le Conseil d'Etat déclare légal un arrêté du préfet de la Loire fixant les points de stationnement d'une ligne privée d'autocars et son itinéraire dans la ville de Saint-Etienne : l'arrêté avait pour but de protéger les intérêts d'un tramway électrique concédé par le département et assurant les mêmes destinations. Le Conseil déclare que le préfet peut assigner aux diverses entreprises privées des points d'arrêts différents mais en respectant entre elles les règles d'égalité ce qui confirme bien l'inaptitude de l'administration à intervenir dans la concurrence entre particuliers; par contre il ajoute que le préfet peut dans sa réglementation « tenir compte de l'existence du service concédé par le département ».

Si la formule paraissait assez vague (et sa portée est précisée par les conclusions de M. Andrieux), s'il restait des doutes sur ce que le Conseil appelle « tenir compte de l'existence du service », il suffirait pour saisir toute sa signification de se reporter aux décisions déjà antérieures relatives à la réglementation du stationnement des voitures publiques dans la ville de Paris : il y apparaît nettement que l'administration peut réglementer en vue de favoriser ses services publics ou de défavoriser leurs concurrents.

Il s'agit des « facilités particulières » accordées à la T. C. R. P. et refusées aux entreprises privées, le Conseil a estimé que même pour des services spéciaux de courses, organisés par la société, l'administration pouvait « laisser stationner les voitures de son concessionnaire à des endroits particulièrement favorables et refuser d'en faire bénéficier les concurrents¹ ». Mais il faut qu'il s'agisse de services constituant un « complé-

1. C. E. 12 janvier 1934, *Chambre syndicale des loueurs d'autocars*, D. H. 1934, p. 121.

ment utile » du service concédé, ce qui confirme encore la distinction que nous avons faite : l'administration ne peut intervenir qu'en faveur d'un service public, non en faveur d'une entreprise privée gérée par le concessionnaire en dehors de sa concession.

Cette jurisprudence révèle un premier aspect de la protection du service public : l'administration peut user de ses pouvoirs de réglementation pour *défavoriser les concurrents*; nous verrons dans la section suivante la protection du service réalisée d'une manière encore plus complète : l'utilisation du procédé de l'autorisation pour *éliminer la concurrence*.

Mais déjà l'intervention à laquelle nous assistons ici exige une justification : que ce soit dans l'intérêt du public ou dans l'intérêt du service public, la réglementation n'a plus un but de police, les agents publics interviennent à l'égard de certains usagers communs de la voirie dans un but économique. Comment juridiquement cette intervention peut-elle être expliquée ?

§ II. L'explication juridique de la jurisprudence.

Les règles que nous venons d'exposer n'ont donné lieu qu'à des explications assez fragmentaires. Cela tient d'abord à ce que certaines sont encore très récentes : les décisions qui admettent le pouvoir de l'administration préfectorale de s'inspirer, lorsqu'elle réglemente les entreprises privées, des intérêts des services publics datent, en particulier, de quelques mois et viennent à peine d'être publiées dans les recueils de jurisprudence¹. D'autre part l'intervention du gouvernement par le décret-loi de 1934 a porté le problème sur un autre

1. Jusqu'au mois de juillet 1934, date des arrêts Meley et Beaumont, le problème des pouvoirs du préfet et du but en vue duquel peuvent être exercés ces pouvoirs était, malgré la solution très vague apportée par un arrêt Ramel dont nous avons parlé, très vivement discutée dans la pratique administrative. Il avait même donné lieu à une question écrite posée au ministre par M. Chastenet (*J. off.* 23 févr. 34, *Déb. parl.* p. 670).

plan : on s'est surtout préoccupé de donner des arguments et des justifications d'ordre économique, c'était d'ailleurs le point de vue auquel on se plaçait souvent déjà; la justification de l'intervention administrative a donné lieu par exemple dans les conclusions du Conseil national économique à des développements des plus intéressants mais qui, naturellement, étant donné leur but, constituent la justification économique d'un régime proposé, non l'explication juridique d'un régime appliqué; ce régime est précisément en gros celui que la jurisprudence a élaboré elle-même : régime d'autorisation pouvant comporter des conditions dans l'intérêt du public ou des services publics¹; ce régime n'a d'ailleurs pas été consacré par le décret-loi de 1934; il reste donc un régime d'*origine jurisprudentielle* qui ne peut s'expliquer que s'il est justifié juridiquement par les règles du droit administratif et les pouvoirs généraux des autorités administratives; c'est une raison de plus de chercher cette explication.

S'il n'y a eu jusqu'ici, disons-nous, que des commentaires assez épars il est possible cependant de dégager quelques idées qui ont été émises et que nous voulons préciser pour apprécier leur valeur explicative; ces idées sont notamment consignées dans une note de M. Laroque parue sous l'arrêt Mironneau au *Sirey* 1933, III. p. 41.

Pour M. Laroque l'idée dominante est qu'un service régulier de transports terrestres ne peut fonctionner que sous un *régime de service public*. Toute entreprise de transport, et c'est là le point essentiel, constituerait de ce fait un service public; seulement ce service, au lieu d'être organisé en régie ou en concession, serait organisé sous un *régime d'autorisation*. Ainsi l'autorisation accordée aux entreprises de transport ou aux voitures de place pour circuler ou stationner n'est pas une simple autorisation de police mais le mode d'organisation d'un service public; il s'ensuit que l'administration peut subordonner son octroi à toutes les *conditions nécessaires*

1. V. ces conclusions au *J. off.* 23 févr. 1934, p. 1840

pour garantir la bonne exécution du service, le régime de ces conditions est « déterminé par l'idée qu'il s'agit d'organiser par cette voie un véritable service public »; il s'explique bien par le pouvoir de l'administration d'organiser ses services publics.

Toutefois à cette première idée M. Laroque en ajoute une autre; il reconnaît en effet qu'en l'absence de disposition législative cette réglementation ne peut pas s'expliquer seule. Elle doit trouver son fondement dans les pouvoirs que l'administration possède sur son domaine public, dans la « domanialité ». Or ces pouvoirs, que l'on réduisait longtemps au seul pouvoir de police, doivent être conçus plus largement : à côté du pouvoir de police l'Administration exerce sur le domaine un *pouvoir de gestion*; ce pouvoir lui permet d'intervenir « au titre de la domanialité » pour s'assurer que « le domaine est bien exploité » et pour obliger les particuliers à l'exploiter « dans le sens de sa meilleure utilisation ».

Mais ce pouvoir de gestion ne peut pas s'exercer toujours : il ne peut être exercé qu'à l'égard des activités qui constituent une *utilisation anormale* du domaine; or d'après M. Laroque toute entreprise de transport cherchant à exploiter la voie pour des fins commerciales en fait une utilisation anormale; l'administration pourrait alors intervenir à l'égard de ces entreprises non seulement au titre de son pouvoir de police mais aussi « du point de vue de la domanialité », en vertu de ses pouvoirs de gestion; ces pouvoirs lui permettraient de soumettre ces entreprises à un régime de service public, dominé par l'idée que le domaine public doit être bien exploité, dans les sens de sa meilleure utilisation.

Ces idées ne nous paraissent pas devoir être intégralement retenues : d'abord il faut écarter l'idée d'*utilisation anormale*, nous nous sommes déjà expliqué à ce sujet; nous ajouterons ici que cette idée n'explique guère le pouvoir de soumettre l'usager à des conditions autres que des conditions de police, en particulier à des conditions dans l'intérêt de l'administration : le Conseil d'Etat a précisément décidé dans l'affaire

Bonneton que les occupations anormales de la voirie ne pouvaient pas être subordonnées à de pareilles stipulations; d'autre part il nous paraît assez paradoxal d'associer cette idée à celle de service public : si une activité est tellement importante pour la réalisation des relations territoriales, comment dire qu'elle est une utilisation anormale des voies de communication ?

Au reste il y a dans l'explication de M.Laroque deux idées qui bien que combinées ont leur valeur propre.

La première est *l'idée de service public*, nous pensons qu'il faut l'écarter.

La deuxième est celle de *gestion*; c'est celle que nous retiendrons en précisant qu'il s'agit de *l'exercice des droits du propriétaire*, exercice qui se manifeste à l'égard d'un usage commun et normal de la voirie.

I. *L'idée de service public.*

Rappelons qu'il s'agit non pas de cette idée assez vague que les transports publics constituent un service public, c'est-à-dire une activité économique dont l'Etat ne doit pas se désintéresser — mais de cette idée précise que *chaque entreprise de transport constitue un service public*.

Cette idée est-elle exacte ? Peut-on, doit-on dire qu'un chauffeur de taxi, qu'un entrepreneur de transports en commun gèrent un service public au sens technique et précis de ce terme ?

Toute la question est là car sous la première forme l'idée n'explique rien; elle se ramène purement et simplement à l'idée d'interventionnisme laquelle ne peut justifier seule l'action des agents administratifs locaux dans un système législatif dominé par la règle de la liberté du commerce et des transports.

Au contraire si l'on considère chaque entreprise comme un véritable service public, l'intervention des agents publics

s'explique comme le pouvoir d'organiser les services public locaux.

Mais cette conception est-elle possible ?

1° L'attribution d'un service public par procédé unilatéral.

— On pourrait d'abord lui opposer une objection qui ne nous paraît pas pertinente mais dont nous devons faire état : on a pensé qu'il était impossible qu'un service public pût être organisé par le procédé d'une *simple autorisation de voirie* (BLONDEAU, *La concession de service public*, p. 118).

Un service public ne pourrait être organisé que par un *procédé contractuel* ; en effet il ne peut y avoir service public que si des prescriptions relatives au service sont imposées au particulier gérant, notamment un tarif maximum et l'obligation de fournir à tout requérant ; or seule la concession permettrait d'imposer à l'usager d'un domaine des conditions de cet ordre.

Cette objection n'est guère décisive précisément parce que la jurisprudence admet de plus en plus que l'administration puisse imposer de pareilles conditions aux usagers non contractuels.

Au fond, on ne voit pas pourquoi ces stipulations seraient liées à un mode contractuel puisque dans la concession de service public elles sont intégrées dans le cahier des charges, c'est-à-dire dans l'*élément unilatéral et objectif* de l'acte.

Sans doute l'arrêt Bonneton marque-t-il une limite assez grave au développement des conditions dans la permission de voirie mais cet arrêt nous paraît avoir une portée restreinte ; nous croyons qu'il faut l'interpréter à la lumière d'une distinction déjà ancienne, utilisée par M. Romieu dans la fameuse affaire Goret (D. P. 1904, III.17) : il faut distinguer les autorisations accordées à un *particulier* pour son utilité personnelle, c'est à elles que s'applique la jurisprudence restrictive que confirme l'arrêt Bonneton — et d'autre part les autorisations accordées à des *entreprises* s'adressant au public, celles-ci peuvent être soumises à des stipulations touchant à l'objet même de l'entreprise et dans l'intérêt du public.

C'est ce qui se produit fréquemment en dehors de la voirie ; les textes législatifs mais aussi la pratique administrative introduisent de plus en plus dans les permissions d'occupation du domaine des *clauses individuelles relatives à l'exploitation* : c'est le cas du régime des prises d'eau, des permissions d'outillage privé dans les ports ; c'est aussi sur les dépendances de la voirie elle-même le cas des permissions d'énergie électrique placées sous le régime de la loi du 27 février 1925.

Ces pratiques ont même pris une telle importance que la doctrine insiste de plus en plus sur le *rapprochement tous les jours accentué de la permission et de la concession*¹. Ces deux actes, les institutions qu'ils déclanchent, les situations qu'ils mettent en jeu apparaissent de moins en moins irréductibles. On a même été jus qu'à dire que « la permission de voirie devenait ainsi une sorte de contrat *sui generis* passé en vue de l'organisation plus ou moins complète d'un service public » (ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, p. 324). Si la formule paraît un peu excessive, elle montre néanmoins que la technique des autorisations délivrées sur le domaine n'est pas fatalement incompatible avec les nécessités du service public.

En tout cas la preuve en est manifestement dans le régime juridique que la jurisprudence admet pour les entreprises de transport autorisées : dans une affaire assez curieuse le Conseil d'Etat a d'ailleurs reconnu le caractère de service public à une entreprise fonctionnant sous un régime d'autorisation (C. E. Colette, 10 juillet 1890, D. P., 1898.III.2) ; son raisonnement est des plus caractéristique : l'entreprise en question comportant des stipulations dans l'intérêt du public doit être considérée comme un service public puisqu'il est interdit à l'administration de stipuler dans de simples permissions de

1. Sur ce rapprochement v. surtout ALIBERT, *Note* au S. 1930.III.1. cf : LAROQUE, *Note* au S. 1932.III.65.

P. L. J. *Note au Dalloz pér.* 1930.III.5, *in fine*.

Ce rapprochement des deux institutions est déjà souligné par M. Mestre dans une note au *Sirey* 1917.II.105.

voirie des conditions autres que dans l'intérêt de la voie¹.

Ainsi, d'une manière générale, on ne voit pas pourquoi un service public ne pourrait être organisé sous un *régime d'autorisation* : la satisfaction d'un besoin public n'est pas rivée à telle ou telle forme d'organisation ; si la notion de service public est permanente l'institution dans laquelle elle s'exprime n'a rien d'immuable ; on assiste à une évolution profonde des formes d'organisation financière, il n'y a pas de raison pour que les formes d'organisation administrative soient liées au procédé du contrat, on a précisément prétendu que l'évolution du droit tendait à restreindre la sphère des actes contractuels au profit des actes unilatéraux² ; il est possible que le système de la concession soit encore actuellement mieux adapté par sa souplesse et sa stabilité aux besoins du service³, mais le procédé de l'autorisation ne paraît pas loin d'être assez évolué pour se plier lui-même à ces exigences essentielles de tout service public.

2° L'intention d'établir une entreprise privée. — Mais dans le cas qui nous occupe, est-on bien en présence de véritables services publics ?

L'idée paraît trouver un soutien dans les incertitudes de la terminologie, les entreprises privées de transport sont souvent qualifiées de « services publics » ; c'est par exemple à de pareilles entreprises que fait allusion le code de la route dans son chapitre IV qui porte le nom de « Dispositions spéciales aux *services publics* de transport en commun » ; un arrêt tout récent de la Cour de cassation (7 août 1934, D. H., 34.527) parle de « la réglementation dans l'intérieur des agglomérations des *services publics* de voyageurs ».

Mais cette terminologie, qui est d'ailleurs malheureuse, ne

1. V. aussi les circonstances de l'affaire Sassey (11 déc. 1921, p. 1063) où l'on voit un service public d'omnibus créé par un entrepreneur à la suite d'une demande d'autorisation sollicitée du conseil municipal.

2. V. sur ce point SÉGUR, *La permission de voirie*, thèse Bordeaux.

3. Dans ce sens v. la note précitée de M. Alibert au S. 1930.III.1.

doit pas faire illusion ; il nous paraît impossible d'admettre que les activités dont il s'agit soient de véritables services publics, et voici pourquoi :

L'administration se trouve en présence de particuliers qui prétendent utiliser la voie publique comme particuliers, et organiser sur la voie publique des entreprises privées ; l'autorisation qu'ils sollicitent ne traduit pas leur intention d'organiser un service public, elle répond à la nécessité qui leur est imposée d'obtenir l'assentiment de l'administration pour exercer une activité d'ordre privé.

Comment expliquer que l'administration puisse *transformer cette activité privée en un service public* ? Il y a longtemps que l'on distingue la collaboration volontaire et la collaboration forcée au service public¹. Nous avons déjà rencontré un cas où l'administration cherchait à transformer la collaboration volontaire des particuliers en une collaboration forcée (v. ci-dessus 1^{re} partie). Nous en trouvons ici un nouvel exemple, mais comment peut-il se justifier ? Seule la loi peut contraindre un particulier à collaborer aux services publics.

L'objection n'a pas échappé : aussi a-t-on estimé que l'intervention administrative ne pouvait se justifier directement, qu'elle devait être fondée sur les *pouvoirs de l'administration à l'égard du domaine public* : « En l'absence de disposition législative, a-t-on dit, (Laroque, note précitée), il ne faut pas oublier que cette réglementation ne peut trouver son fondement que dans les nécessités de la circulation ou de la gestion du domaine ». L'intervention serait ainsi rattachée au pouvoir de l'administration de gérer son domaine, de s'assurer que ce domaine est bien utilisé, bien exploité.

Nous reviendrons sur cette idée d'une gestion du domaine, des droits exercés sur le domaine, car elle est susceptible d'être utilisée de plusieurs manières. On l'utilise ici sous une première forme : la gestion du domaine permet-elle à l'adminis-

1. V. B. GÉNY, *La collaboration des particuliers aux services publics*, th. Paris, 1930.

tration de transformer en services publics, de considérer d'office comme des services publics les activités privées qui s'exercent sur la voirie ? Cette fonctionnarisation des activités privées qui à notre avis ne peut s'expliquer directement en dehors d'une intervention de la loi peut-elle l'être grâce à ce chaînon intermédiaire que constituent les droits exercés par l'administration sur son domaine public ?

Il y a là un aspect d'une question assez curieuse qui est celle des *rapports entre la gestion du domaine public et la création des services publics*, nous avons déjà évoqué un premier aspect de cette question : le fait que l'on se trouve sur le domaine public élargit-il la capacité des collectivités locales de créer des services publics ? En voici un second : le droit de l'administration de régler l'utilisation du domaine entraîne-t-il le pouvoir d'ériger d'office certaines de ces utilisations en services publics ?

Ce n'est pas la première fois que cette question se pose devant la jurisprudence. En lui donnant, dans une matière qui est précisément la nôtre, une réponse négative, le Conseil d'Etat a écarté catégoriquement le droit des agents administratifs d'ériger à leur gré l'usage de la voirie en service public.

Il s'agit de l'affaire Rabé du 8 juin 1917 (S. 1920.III.1, *Note Hauriou*). Il était précisément question de la réglementation par le maire de Cannes du stationnement des voitures de place ; le maire avait entendu créer une véritable corporation officieuse, ériger les transports individuels en une sorte de « service public honteux », et il se servait précisément de son pouvoir d'autoriser le stationnement pour écarter toute demande nouvelle et protéger le syndicat existant qu'il considérait ainsi d'office comme un service public ; l'autorisation était bien ainsi dans son esprit le moyen de pratiquer une politique de fonctionnarisation, elle était « non une autorisation de police mais le mode d'organisation d'un service public ».

C'est la même tendance de municipalisation que l'on retrouve dans l'affaire Stéfani (Cass., 13 fév. 1909, S. 1909.I.529) où l'on voit un maire chercher à se servir de ses pouvoirs sur

le stationnement pour régler, organiser, soumettre à des conditions dans l'intérêt du public, des colporteurs qu'il entendait ainsi grouper en une véritable corporation publique.

Si la Cour de cassation a validé assez timidement les décisions dont cette dernière affaire évoquait la légalité (v. d'ailleurs les critiques de l'annotateur au Sirey, M. Roux), dans l'affaire Rabé le Conseil d'Etat réprime rigoureusement *la tentative du pouvoir administratif d'ériger l'utilisation de la voirie en un service public.*

Dans sa note M. Hauriou se demande si l'évolution qui se produit vers le système de la corporation municipale, de la profession érigée en service public est souhaitable; mais, ajoute-t-il, et son commentaire devient ici des plus précieux car il soulève en plein le problème que nous discutons, « ce qu'il faut se demander c'est si cette transformation est possible en l'absence de loi nouvelle par le simple jeu de mesures de police, en particulier de mesures de police du domaine. On peut, après l'arrêt Rabé, poser les règles suivantes :

» 1. La police municipale ne peut pas ériger en corporation les industries qui touchent à la circulation sur la voie publique sans des raisons d'absolue nécessité.

2. Elle ne peut procéder à de pareilles organisations par voie détournée ».

3° La protection de l'entreprise privée par l'administration.

— Si les entreprises privées placées sous un régime d'autorisation pouvaient être considérées comme de véritables services publics, l'administration pourrait chercher à *assurer leur protection* comme elle assure maintenant la protection de ses services concédés.

C'est bien à cette conclusion qu'en vient logiquement M. Laroque : l'administration devrait à son avis pouvoir protéger contre la concurrence tous les services qui suffisent à assurer les besoins du public : chemin de fer, tramways, services automobiles « *même organisés sous un régime d'autorisation* ».

Sans doute peut-on remarquer que le régime institué par le décret-loi de 1934 prévoit précisément cette limitation des moyens de transport même au profit d'entreprises privées; mais justement il a fallu un décret-loi pour rendre possible un pareil régime : l'administration ne peut trouver dans les pouvoirs généraux qu'elle exerce sur le domaine le fondement d'une telle intervention; si l'affaire Rabé paraît déjà trop ancienne pour en fournir une preuve décisive, le récent arrêt Meley (précité), en rappelant qu'à l'égard des entreprises privées autorisées l'administration doit respecter les règles essentielles d'égalité, montre bien qu'une activité privée placée sous un régime d'autorisation *ne peut jamais bénéficier des privilèges réservés au service public*.

Ainsi il ne nous paraît pas possible d'admettre que l'administration, même en se servant de ses droits sur le domaine, puisse ériger une activité qui entend rester privée en service public, puisse créer à son gré des cas de collaboration forcée.

Au surplus les caractères mêmes de la réglementation obligent-ils à considérer les activités qui y sont soumises comme des services publics ?

Nous ne le croyons pas; le fait qu'une activité privée est jugée suffisamment utile au public pour mériter une intervention administrative dans l'intérêt du public n'implique pas que cette activité soit toujours un service public; on pourrait en trouver de nombreuses preuves notamment dans le domaine de l'alimentation :

L'administration peut intervenir dans ce domaine pour imposer des obligations dans l'intérêt du public : les préfets et les maires ont des pouvoirs de taxation des prix; l'arrêt Zénard, en reconnaissant aux municipalités le droit de créer des entreprises publiques en vue d'influer sur le cours des prix « des denrées de première nécessité » vient d'organiser encore à l'appui de cette intervention une sanction originale et inattendue, on pourrait même voir dans l'arrêt Lavabre précité, dans lequel le Conseil a reconnu à une ville le droit

de créer une boucherie municipale pour parer à une grève des bouchers locaux, comme une autre sanction à l'obligation d'assurer le service.

C'est que depuis longtemps, dans les Etats modernes, il apparaît que si les besoins d'intérêt public se multiplient, l'Etat ne peut pas seul en assumer entièrement la charge ; il laisse les particuliers en assurer la satisfaction mais au lieu de se désintéresser de la manière dont elle est assurée il intervient pour diriger l'activité privée ; il se développe ainsi entre le service public et l'entreprise purement privée tout un domaine occupé par des activités qui, pour être dirigées, n'en restent pas moins privées¹ ; on voit apparaître de nouveaux collaborateurs à l'œuvre étatique dont on ne peut pas dire qu'ils deviennent des gérants de services publics : l'action des agents publics à leur égard est de la *catégorie de l'interventionnisme, de l'économie dirigée*, non du service public.

C'est à cette catégorie que se rattache leur action à l'égard des entreprises privées de transport ; mais alors on retombe dans le système de l'interventionnisme et nous avons dit qu'il ne pouvait s'appliquer ici directement. L'explication doit être cherchée comme le dit M. Laroque dans la domanialité et le pouvoir de gestion, nous préciserons : dans la *propriété* et le *droit de direction du propriétaire*.

II. *L'idée de propriété administrative.*

L'intervention que nous étudions ici est dominée par une idée : celle de *direction*, si l'on veut : de *dirigisme*. L'administration intervient auprès des initiatives privées pour les diriger, leur imposer une direction économique. Cette idée signifie que le système économique adopté est celui de l'*économie dirigée*.

1. Le rôle dévolu aux caisses primaires privées dans le fonctionnement des assurances sociales témoigne par exemple dans une législation assez récente de ce désir d'associer les groupements privés à l'exécution des services publics.

Mais ce système revêt ici un caractère très particulier : en effet il ne peut pas être fondé directement sur le pouvoir administratif de diriger l'activité des particuliers, ce pouvoir ne peut pas exister dans un système de libéralisme économique, il ne peut exister que dans un système où la loi confère aux administrateurs un pouvoir général d'intervention substituant ainsi au libéralisme le principe d'économie dirigée. Or aucune loi n'organise au profit des administrateurs français de pareils pouvoirs à l'égard des entreprises privées de transport, aucun texte ne leur confère le pouvoir d'imposer à ces entreprises des conditions dans un intérêt économique ; tout au plus pourrait-on expliquer par ce système le pouvoir du préfet de fixer dans l'intérêt du public les points de stationnement¹.

Ne pouvant être conçu comme le pouvoir des administrateurs de diriger des activités économiques, l'intervention peut être conçue d'une autre manière : comme le pouvoir de tout propriétaire d'assurer l'utilisation de son bien. Elle ne se rattache pas à l'impérium, au pouvoir administratif mais, dit-on, à la domanialité, à la gestion du domaine.

Nous croyons que cette gestion ne peut se concevoir que comme une manifestation du *droit de propriété* : cette nécessité apparaît surtout dans les cas où l'administration impose aux usagers une direction dans l'intérêt de ses services publics.

En effet lorsque l'administration intervient dans l'*intérêt du public*, la direction qu'elle impose ainsi pourrait, à la rigueur, s'expliquer en dehors de l'idée de propriété : l'administration s'assure alors que le domaine est bien exploité, est exploité dans le sens de sa meilleure utilisation mais il s'agit alors de *l'utilisation la meilleure pour le public* et le souci des agents administratifs, s'il ne peut se justifier dans ce cas par la simple idée de police, peut s'expliquer par une

1. Encore pourrait-on discuter pour savoir si le code de la route ne constitue pas un simple règlement de police pris, non pour compléter la loi de 1852 (à laquelle il est un peu invraisemblable de le rattacher) mais en vertu du pouvoir de police générale du gouvernement. (Dans ce sens, Duguit, *op. cit.*, tome IV, p. 735.)

conception plus large du rôle de l'administration à l'égard de la voirie.

En revanche, ce rôle, pour étendu qu'il soit, ne peut plus expliquer l'intervention dans l'*intérêt des services publics* parce que la meilleure utilisation du domaine devient ici non plus *la meilleure économiquement pour le public* mais *la meilleure financièrement pour l'administration*.

A. — L'intérêt du public.

La voie publique doit être utilisée de la manière la plus favorable aux *intérêts du public*. L'administration puise dans son *droit de propriété* de la voie le pouvoir de diriger l'utilisation dans ce sens. Ce pouvoir s'exerce aussi bien à l'égard de ses *concessionnaires* qu'à l'égard des *usagers* qui ne sont pas liés à elle par un contrat.

a) *Les concessionnaires*. — Sans doute en droit administratif la concession de service public n'a-t-elle jamais adopté le système rigide du droit romain du contrat immuable; il n'en reste pas moins qu'une jurisprudence récente ouvre au système du *contrat dirigé* des horizons nouveaux, elle organise au profit de l'administration des moyens de pression sur le concessionnaire pour l'obliger, en cours de concession, à exploiter le domaine de la façon la meilleure.

Nous avons déjà vu le système adopté à la fin du *xix^e* siècle à l'égard des compagnies gazières : lorsque l'activité du concessionnaire ne répond plus, par suite d'inventions nouvelles, à l'utilisation du domaine la meilleure pour le public, l'administration peut l'obliger à se moderniser, à s'adapter au progrès économique, le concessionnaire du gaz peut être mis en demeure de substituer l'électricité aux anciens modes d'éclairage.

L'affaire des tramways de Cherbourg offre un exemple nouveau de la pression exercée sur le concessionnaire pour l'obliger à utiliser le domaine de la manière la plus utile à

l'intérêt général; il s'agit, nous l'avons déjà dit, d'une compagnie de tramway qui ne fait pas ses affaires parce que le moyen de transport qu'elle représente n'est plus adapté aux goûts et aux besoins du public, l'administration doit pouvoir faire pression sur son concessionnaire, l'obliger à modifier son exploitation, à l'adapter à une meilleure utilisation du domaine, en l'espèce à substituer des autobus à ses tramways; le procédé imaginé par le Conseil d'Etat pour réaliser cette pression est des plus curieux, il représente un nouveau moyen mis entre les mains du propriétaire pour lui permettre de diriger l'utilisation de son domaine par ses concessionnaires : l'administration sera désormais dispensée de payer à son collaborateur les indemnités d'imprévision, sans doute celui-ci pourra-t-il échapper à la réorganisation du service par la résiliation du contrat mais ce refus de se plier à la meilleure exploitation n'est pas lui-même dépourvu de sanction : la résiliation sera prononcée avec indemnité à la charge de la partie qui se sera refusée à consentir les modifications raisonnables¹.

Ce pouvoir de direction exercé en cours de concession se traduit encore sous une autre forme : il s'agit des *extensions* données au service par le concessionnaire, par exemple des prolongements, des services spéciaux créés par le concessionnaire en dehors de son réseau; nous avons déjà vu un aspect de la question : les rapports avec les tiers concurrencés; en voici un autre : les rapports entre le concessionnaire et l'administration.

La jurisprudence établie sur ce point est significative: *c'est à l'administration qu'il appartient de prévoir* dans le cahier des charges ou dans des autorisations spéciales les annexes éventuelles ajoutées au réseau². Sans doute cette règle traduit-elle

1. *Sté des tramways de Cherbourg*, 9 déc. 1932, précité.

2. V. sur ce point les conclusions de M. Rivet dans l'affaire *Planche* et l'avis du Conseil d'Etat du 26 juin 1931 (*Section des Travaux publics*) défavorable à l'organisation des services spéciaux à des concessionnaires auxquels l'administration avait d'une manière trop générale donné « carte blanche ». Cf. la note

une certaine conception du service public adoptée par la jurisprudence et que l'on a appelée la conception « subjective » : la création, l'intention de créer un service public appartiennent sont réservées à l'administration¹.

Mais on aperçoit aussi derrière cette jurisprudence l'idée que *la direction donnée à l'exploitation du domaine appartient à son propriétaire* : le dirigisme n'y traduit pas seulement la compétence de la puissance publique pour décider du service public mais aussi la compétence du propriétaire pour décider de l'exploitation de son bien.

b) *Les usagers ordinaires.* — Cette compétence apparaît encore mieux en lumière lorsqu'il s'agit de diriger l'utilisation faite non plus par le concessionnaire mais par les *usagers ordinaires*. Elle s'exprime dans le pouvoir d'imposer des conditions dans l'intérêt du public.

Toutefois ce pouvoir pourrait être à la rigueur expliqué sans faire appel à l'idée de propriété, non comme le droit de direction du propriétaire mais comme le pouvoir des agents publics *d'accomplir tous les actes conformes à la destination des choses publiques*. Voici, à notre sens, comment on pourrait raisonner :

Les agents publics doivent être compétents pour accomplir tous les actes conformes à la destination du domaine, tendant à réaliser cette destination. Or il se trouve souvent que cette destination peut être conçue de plusieurs manières et c'est

signée P. L. J. sous l'arrêt Planche (D. P. 33.III.37) et la jurisprudence judiciaire que nous avons citée au chapitre précédent.

1. Cette conception entraîne cette conséquence qu'en présence d'une activité exercée par l'administration, lorsqu'on veut savoir s'il y a ou non service public, il faut se référer à l'intention de l'administration au moment où elle a créé l'activité et non aux caractères objectifs, extérieurs de l'entreprise. Ce principe, posé par l'arrêt *Astruc* (R. D. P. 1913, p. 363. *Concl. Corneille*) ne paraît guère appliqué dans une décision de la cour de Poitiers (S. 33.II.11. 2^e espèce) dans laquelle un concessionnaire de transport qui utilisait ses autobus pour des services créés par lui en dehors du réseau est condamné pour concurrence illicite; la Cour fait exception pour certains services de courses parce que à raison de leurs caractères « ils constituent des services publics ». Le Conseil d'Etat a appliqué au contraire la conception subjective dans l'affaire de la T. C. R. P. où il estime que des facilités particulières ne peuvent être accordées qu'aux services que « l'administration estimera constituer un complément utile du service concédé ».

généralement le cas pour les dépendances du domaine affectées à l'usage du public ; il s'est produit pour ces dépendances une évolution qui a tendu à *préciser le but* auquel elles sont affectées. Ce qui est d'abord apparu essentiel c'est l'usage du public : la mission des agents publics se borne alors aux actes ayant pour but d'aménager le domaine, de permettre, de faciliter l'accès et l'usage du public, c'est dire que cette mission se limite à ce que l'on appelle la police, police du domaine et police de l'utilisation.

Mais ce point de vue est dépassé : on s'aperçoit que chaque dépendance domaniale est affectée à un but précis, que l'usage du public n'est qu'un moyen de réaliser ce but, que l'administration ne doit pas se contenter de mettre le bien à la disposition du public mais qu'elle doit intervenir pour s'assurer que le but est bien rempli, que le public assure correctement la réalisation de ce but.

Ainsi l'intervention administrative peut évoluer, devenir plus précise, sans que change le fondement de cette intervention qui reste la *réalisation d'une affectation* mais parce que la manière dont on concevait cette affectation s'est modifiée.

N'est-ce pas par exemple ce qui s'est produit pour le régime de l'*occupation des halles et marchés* ?

On a considéré longtemps que la mission des agents publics se bornait à mettre des emplacements à la disposition des marchands et à assurer l'accès du public.

Puis on s'est aperçu que les halles étaient affectées à un but précis, *le ravitaillement de la population*. A partir de ce moment l'intervention administrative a changé de caractère ; on a pensé que les agents publics ne devaient pas se désintéresser de la manière dont ce ravitaillement était assuré, qu'ils pouvaient édicter des règlements destinés à favoriser l'approvisionnement en denrées de la population (Cass., 27 nov. 1930, S. 1931.I.234 ; C. E., 27 mars 1931, *Crouzat*, S. 1932. III.18, *Note de M^{lle} Basdevant*) — prendre des mesures destinées à protéger l'approvisionnement des habitants de la commune contre les revendeurs (D. H. 1931,6) — retirer l'auto-

risation dans le cas où le marchand n'occupe pas son emplacement (FACQUE, *Les Halles et marchés de Paris*, p. 30) — sanctionner par le retrait la violation des règlements destinés à favoriser l'approvisionnement (Crouzat, précité).

Sans doute ce régime économique traduit cette tendance générale à voir dans l'alimentation une question d'intérêt général, peut-être même parfois un service public, mais juridiquement il s'explique par les pouvoirs de l'administration sur le domaine; à notre avis il s'explique par le droit du propriétaire de gérer son bien dans le sens de sa meilleure exploitation (car à côté de ces mesures il en est d'autres comme l'établissement de droits perçus *ad valorem* qui ne peuvent s'expliquer qu'ainsi. v. *supra*, cette question) — mais jusqu'ici ces mesures pourraient aussi s'expliquer en dehors de la propriété par le *pouvoir de réaliser l'affectation*, cette affectation étant conçue d'une manière plus précise.

Le régime de la voirie pourrait faire l'objet du même raisonnement : l'affectation à l'usage de tous n'est qu'un moyen pour réaliser le but précis auquel est destinée la voie publique : *la réalisation des relations territoriales*; les agents publics peuvent intervenir pour s'assurer que cette réalisation est bien assurée; si cette intervention se borne à une mission de police lorsqu'elle s'adresse à la circulation individuelle, elle doit être élargie lorsqu'il s'agit d'entreprises qui font métier d'assurer ces relations en offrant au public des moyens collectifs de circuler. L'administration trouve dans ce caractère et dans une conception précisée du but de la voirie le fondement d'une intervention dans l'intérêt du public.

Ce que l'on appelle gestion n'est alors tout simplement que l'action en vue d'*assurer l'affectation*; il est inutile de la rattacher à la propriété, elle s'explique par la compétence des agents publics pour accomplir sur le domaine tous les actes conformes à son but.

B. — *L'intérêt du service public.*

Mais si cette explication peut à la rigueur suffire lorsqu'il s'agit de l'intervention dans l'intérêt du public il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de *l'intérêt du service public* : c'est alors l'exploitation dirigée dans l'intérêt de l'administration et non plus dans l'intérêt de la meilleure utilisation du domaine — ou du moins l'adjectif meilleur prend-il alors une valeur significative; c'est l'utilisation la meilleure pour l'administration et pour son concessionnaire.

Ici encore le pouvoir de diriger l'utilisation dans son propre intérêt conduit l'administration à intervenir à l'égard de son *concessionnaire* et à l'égard des *activités privées* :

Dans l'affaire des tramways de Cherbourg la direction imposée au *concessionnaire* par le concédant l'était sans doute dans l'intérêt du public puisqu'elle tendait à moderniser le service, à l'adapter aux besoins, mais elle l'était aussi dans l'intérêt personnel du concédant puisqu'elle évitait la prolongation d'une situation financière défavorable à l'administration. Dans la « querelle de l'éclairage » la mise en demeure faite par les communes à leurs concessionnaires visait à les libérer de toute responsabilité envers eux pour le cas où elles devraient s'adresser aux électriciens.

Mais là où l'intervention du propriétaire est encore mieux mise en relief c'est lorsqu'il cherche à diriger non plus dans son propre intérêt l'activité de son concessionnaire mais l'*activité des entreprises privées* dans l'intérêt du concessionnaire lui-même. L'administration n'agit plus alors sur les utilités du domaine pour obliger les particuliers à les utiliser de la manière la plus conforme à l'intérêt du public, mais pour les *empêcher de les utiliser contre son propre intérêt*.

Que ce soit pour imposer à ses concessionnaires, en cours de concession, dans l'intérêt du public ou même du concédant, une orientation nouvelle de leur exploitation — ou que ce soit pour

imposer aux usagers ordinaires, en dehors de tout contrat, des charges dans l'intérêt du public ou dans celui des services publics, l'administration *garde la haute main sur les utilités* que contient son domaine public; elle exerce sur les usagers qui retirent ces utilités une direction qui n'est que le droit de tout propriétaire de diriger l'exploitation de sa propriété.

On a prétendu que la situation des usagers, du moins des occupants du domaine tendait à devenir de plus en plus solide, de plus en plus opposable à l'administration; c'est là, à la vérité, une affirmation un peu hâtive et qui ne nous paraît pas toujours vérifiée.

M. Alibert (*Note au S.*, 1930.III.1) pense que le Conseil d'Etat *fortifie* depuis trente ans la situation de certains usagers; on assisterait pour eux à un « recul continu de la ligne de précarité » où se résolveraient leurs droits.

Que la situation du *permissionnaire de voirie* soit plus solide que naguère, voilà qui est loin d'être démontré : la précarité qui est uniquement le pouvoir discrétionnaire de retirer l'utilisation existe aussi bien que jadis; par contre l'évolution de la théorie du but dans la permission de voirie tend certainement à rendre la situation de l'occupant plus fragile, à la mettre de plus en plus à la merci de l'administration seule compétente pour juger si le domaine est bien exploité. Sans doute dans le système primitif la permission était-elle, aux termes de la loi de 1884, essentiellement « temporaire et révocable »; mais Laferrière avait pris soin de nous dire que cette précarité « n'existait qu'à l'égard du domaine et de ses exigences propres ». En multipliant les buts légitimes du refus et du retrait le Conseil d'Etat ne cherche certainement pas à fortifier la situation du permissionnaire¹.

Celle du *riverain*, que cite M. Alibert, est-elle plus ménagée ?

1. M. Alibert cite à l'appui de son idée un arrêt Chabraud du 11^r décembre 1920 (S. 1930.III.1, note 1). A son avis cet arrêt annulerait le retrait d'une permission de voirie, ayant pour but de favoriser un tiers service (la construction d'un chemin de fer indépendant de la route).

En réalité l'arrêt ne donne pas du tout cette solution, il déclare le retrait régulier mais accorde au permissionnaire une indemnité. On ne voit donc pas en quoi la précarité de la situation est, ici, reculée.

Elle avait jadis la solidité des servitudes civiles; toute son évolution a consisté à la soumettre de plus en plus à l'action du pouvoir administratif : à la dépouiller à la fois de son aspect quiritaire et de son caractère patrimonial. Il a appartenu à la jurisprudence du début du siècle de nous dire que le droit d'écoulement des eaux pouvait être dans certains cas supprimé au nom des intérêts de la police. En 1931, le Conseil d'Etat a averti le riverain que si son droit d'accès devait toujours être réservé il pouvait être réduit jusqu'au strict minimum.

L'usager muni d'une *permis de stationnement* est-il mieux protégé? Il le semble à prime abord : l'administration n'a plus de pouvoir discrétionnaire pour refuser ou retirer l'autorisation, le refus illégal entraîne sa responsabilité (*Rabé*, 14 janv. 1921, S. 1925.III.8; *Caputo*, 8 janv. 1930; *Vie communale*, mars 1930, p. 125). Mais si la précarité disparaît ici c'est parce que l'utilisation est normale; est-il bien sûr d'ailleurs que la situation soit aussi stable qu'autrefois? L'administration, nous l'avons dit, impose de plus en plus des conditions à l'occupant; M. Alibert estime que par suite de ce régime nouveau « la situation de l'occupant est renforcée, l'administration est moins libre à son égard » (*Contrôle juridict. de l'Adm.*, p. 324); en réalité c'est plutôt le contraire qui nous paraît exact : en décidant que la non-exécution des conditions justifiait le retrait de l'occupation (*Crouzat*, précité : retrait pour inexécution du règlement d'un marché. *Lefebvre du Grossiez*, précité : Retrait du permis de stationnement d'un chauffeur de taxi pour inexécution de l'obligation d'assurer le service) la jurisprudence rend singulièrement plus fragile la situation de l'occupant.

Mais il n'est pas jusqu'à l'*usager commun* dont la situation ne devienne à certains égards plus précaire : en multipliant les cas où cet usager doit obtenir de l'administration une *autorisation*, la jurisprudence ébranle sérieusement la solidité de ses droits; elle multiplie en effet du même coup la possibilité du *retrait* : dans l'affaire Rolquin le Conseil d'Etat avait déjà reconnu le pouvoir de retirer aux entreprises de transport l'autorisation de circuler si les conditions imposées n'étaient

pas remplies; dans une récente affaire du même genre (Beaumont, précité) le Conseil reconnaît que « le sieur Beaumont n'ayant pas observé les conditions qui lui avaient été imposées le préfet a pu suspendre provisoirement l'autorisation accordée ». Faut-il signaler encore que les procédures instituées par le décret-loi de 1934 comportent le pouvoir du ministre de supprimer d'office certaines lignes existantes? La situation de l'usager commun n'est pas elle-même, on le voit, à l'abri d'une action administrative dont les possibilités sont élargies. Elle révèle au même titre que les précédentes, une fragilité plus grande de la situation des usagers.

Cette fragilité traduit parfaitement le droit de propriété de l'administration. Il est curieux de constater que c'est à la même conclusion qu'aboutit M. Alibert par une constatation inverse¹. le pouvoir de créer sur le domaine des droits plus solides, des situations plus exclusives, montrerait que l'administration, plus libre que jadis de disposer de son bien, exerce sur lui des droits de moins en moins irréductibles à ceux que les personnes possèdent sur leur patrimoine.

A notre avis il y a en effet quelque chose de nouveau : c'est le pouvoir sans cesse élargi de *multiplier sur la voirie des situations exclusives*. Cet élargissement que nous constaterons dans la section suivante exprime le droit du propriétaire de disposer davantage de son bien : mais la situation des bénéficiaires reste de plus en plus soumise au pouvoir de l'administration; plus libre de disposer de son bien, l'administration conserve sur lui, même lorsqu'elle en a disposé, un *droit de regard* qui traduit les prérogatives du propriétaire.

C'est une preuve nouvelle que les utilités du domaine n'échappent pas totalement à la maîtrise de l'administration lorsqu'elle les a attribuées : elle peut encore intervenir pour en *diriger l'exploitation*, pour obliger le particulier qui les retire à les

1. Cf. Laroque, *Note au Sirey*, 1932.III.65, qui montre bien que l'idée de propriété peut aboutir aux deux résultats : renforcement des droits des occupants, renforcement du pouvoir de l'administration.

utiliser dans un certain sens, lequel peut être le sens le plus conforme aux intérêts du propriétaire.

Cette maîtrise va maintenant se manifester d'une manière plus éclatante encore : l'administration va pouvoir retirer au public certaines de ces utilités pour se les réserver exclusivement ou pour en disposer au profit d'un particulier.

SECTION IV. — LE MONOPOLE ADMINISTRATIF DES ENTREPRISES DE TRANSPORTS PUBLICS.

L'administration peut-elle se réserver exclusivement, réserver à un particulier l'utilisation des voies publiques en vue de l'organisation d'entreprises de transports en commun ? Pareille question peut surprendre car les voies publiques sont faites pour que le public les utilise librement.

On comprend à la rigueur que l'administration puisse se réserver certaines utilisations : le droit, par exemple, d'user de la voirie pour y installer des services d'éclairage ou de téléphone ; il s'agit alors d'une utilisation *anormale* à laquelle les particuliers n'ont pas droit, que l'administration peut donc se réserver pour elle.

Mais lorsqu'il s'agit de l'*usage normal* et commun il semble à prime abord inadmissible que l'administration puisse se réserver le droit d'utiliser la voie pour la circulation de véhicules de transport en commun ou disposer de ce droit au profit d'un particulier auquel elle en concède le monopole. Il s'agit alors d'une activité qui est l'utilisation normale de la voie, qui ne semble pas pouvoir être réservée à un individu ; ils'agit d'utilités qui ont été attribuées au public, comment admettre que l'administration puisse encore en disposer ?

Ces questions se sont posées sous une forme particulière à l'occasion de la lutte engagée par les administrations locales, spécialement par les communes, pour la défense de leurs services de transports contre leurs concurrents de la route ; elles ont évoqué une nouvelle forme de la protection du service

public mais la protection la plus énergique de toutes : celle qui consiste à *éliminer totalement la concurrence*.

On s'est demandé si l'administration pouvait non plus réglementer, défavoriser cette concurrence mais l'*interdire* radicalement. L'administration peut-elle se réserver exclusivement l'utilisation de son domaine pour y faire fonctionner des entreprises de transport? Une ville peut-elle réserver à son concessionnaire le droit d'utiliser, pour y organiser ces entreprises, les voies publiques urbaines? La jurisprudence a répondu à cette question par l'affirmative. L'administration peut se réserver, peut réserver à un particulier cette utilisation de la voirie. Ce droit s'explique à notre avis au titre du *droit du propriétaire de disposer des utilités de son bien soit à son propre bénéfice soit au profit d'un tiers*.

§ I. — L'évolution de la jurisprudence.

C'est, en définitive, un élargissement singulier du *pouvoir de disposer* du domaine public que traduit l'évolution de la jurisprudence.

La vieille règle de l'indisponibilité s'opposait jadis à tout ce qui était création de droits exclusifs, de situations privatives.

La multiplication des occupations privatives montre déjà que le principe est un peu déchu de sa hauteur primitive.

L'élargissement du droit d'organiser sur la voirie des situations et des droits exclusifs témoigne, lui aussi, du pouvoir de l'administration de disposer *davantage, plus librement* que jadis de son domaine public et des utilités qu'il comporte; à l'appui de ce pouvoir la jurisprudence organise au profit du bénéficiaire des *voies de droit efficaces*.

C'est cette double idée que traduit en matière de service public de transports l'évolution la plus récente de la jurisprudence :

A. L'administration possède pour disposer des utilités du domaine à titre exclusif un *pouvoir élargi*.

B. Le bénéficiaire auquel elle les attribue est protégé dans son privilège par des *voies de droit efficaces*.

I. *Elargissement du pouvoir de disposer de l'administration.*

C'est par le système de la *concession à titre exclusif* que se traduit le pouvoir de l'administration de disposer au profit d'un individu de l'utilisation du domaine.

Nous savons déjà quel est sur une pareille concession le point de vue traditionnel lorsque cette concession porte sur l'usage *normal* des voies publiques : le monopole du concessionnaire ne peut être que le résultat de fait de mesures de police ; c'est un monopole « précaire, *de pur fait* » ; le concessionnaire ne tient pas de sa concession des « droits » à l'égard de la concurrence : l'administration n'est pas tenue de refuser d'autoriser les concurrents ; elle n'en a même pas le droit, si les nécessités de la police ne l'exigent pas ; lorsque cette exigence sera lise, le concessionnaire se trouve seulement en profiter en fait.

I. — C'est le 16 décembre 1921 (*aff. Sassey, Lebon*, p. 1063) que le Conseil d'Etat a ouvert dans ce système une première brèche. La ville d'Auxerre avait concédé à une entreprise d'omnibus le service des transports sur un certain parcours avec garantie contre toute concurrence sur ce parcours ; elle se réservait toutefois le droit d'établir, si plus tard elle le jugeait opportun un service de tramway. Ultérieurement la commune autorise un autre entrepreneur à créer sur le même parcours un service d'autobus.

Le Conseil d'Etat déclare la commune responsable envers son concessionnaire, il estime que l'arrêté « porte atteinte aux droits que celui-ci tient de sa concession ». La concession crée donc des *droits* au profit du concessionnaire ; la solution est nouvelle car elle passe du système du monopole de pur fait, où la réalisation du monopole n'est que le résultat d'une coïncidence, au système de *monopole de fait* où cette réalisation devient pour le concédant une obligation juridique : la com-

mune est liée envers son concessionnaire comme elle le serait envers une compagnie d'éclairage; la concession lui permet et lui fait un devoir de refuser toute autorisation aux entreprises d'autobus, c'est-à-dire à des usagers qui prétendent exercer sur la voie son usage normal — comme elle l'obligerait à refuser des permissions de voirie à des électriciens.

Mais il y a encore dans la solution une réserve importante dont on ne fait généralement pas état : le Conseil prend soin de faire remarquer que la garantie contre la concurrence a été établie « pour la raison même du danger d'encombrement qui a fait imposer l'unité du service ». Le monopole est donc encore dans une certaine mesure un *monopole de police* sinon lorsqu'on le réalise, du moins lorsqu'on l'établit.

C'est cette réserve que l'on va voir disparaître : en détachant complètement le monopole des nécessités de la *police*, le Conseil d'Etat, dans sa dernière jurisprudence, va imposer ce point de vue que son établissement comme sa réalisation cessent d'appartenir à l'*ordre de la police* pour pénétrer sur le terrain de l'*intervention économique*.

L'affaire Mironneau¹ témoigne de cette évolution d'une façon décisive : le conseil municipal d'Aix-les-Bains accorde au sieur Mironneau la concession du service public de transports par autobus entre la ville et le Grand-Port; la commune s'engageait « *en tant qu'il était de son pouvoir* » à n'autoriser aucune autre concession sur la même ligne ».

La question est soulevée en plein : quel était le pouvoir de refuser des autorisations? Dans quelle mesure « était-il du pouvoir de l'administration » de refuser d'autoriser les concurrents éventuels?

Le maire d'Aix-les-Bains indiqua nettement comment il concevait ce pouvoir : il institue dans l'agglomération un régime d'autorisation, et il accorde à un concurrent, le sieur Carrière, l'autorisation de faire fonctionner une entreprise nouvelle mais pour bien marquer qu'il entendait prendre

1. C. E. 13 janv. 1933, *Mironneau contre ville d'Aix-les-Bains*, S. 1933.III.41 (Note P. Laroque).

toutes les mesures exigées par *les besoins de la police* et susceptibles de bénéficier au concessionnaire, il assigne au concurrent un itinéraire différent; pour manifester mieux encore sa bonne volonté, il fait poursuivre et condamner le sieur Carrère qui s'était empressé de violer les prescriptions municipales par des intrusions inopportunes sur le territoire de son concurrent¹. Le point de vue du maire d'Aix-les-Bains était des plus nets, c'était la conception traditionnelle du *monopole précaire de police*.

En décidant que « l'autorisation accordée *violait les droits que le sieur Mironneau tenait de sa concession — nonobstant la circonstance que l'itinéraire assigné était différent* », le Conseil d'Etat marque que la technique du monopole de fait n'est plus liée aux exigences de la sécurité.

II. Cette solution n'était d'ailleurs que la confirmation logique d'un principe que le Conseil venait d'établir le 29 janvier 1932 dans son fameux arrêt des *autobus antibois*² et dans lequel il achevait de détacher le monopole du jeu des pouvoirs de police.

La ville de Cannes avait accordé à une compagnie de tramways électriques la concession à titre exclusif des transports en commun dans l'agglomération; la ville était liée à la société par une clause de participation aux bénéfices et par un système de subventions: en fait c'était surtout cette deuxième forme que revêtaient les rapports de la ville avec son collaborateur, l'exploitation de l'entreprise ne se faisant guère sous le signe de la prospérité financière; ce coin pittoresque du Sud-Est de la France est en effet loin d'être dédaigné par les entreprises d'autobus; celles qui relient Cannes à Antibes ne se contentaient pas de leur trafic interurbain, la traversée de l'agglomération cannoise leur donnait l'occasion de faire *intra muros* un trafic local qui n'était probablement pas étran-

1. Cass. crim. 3 juin 1930 *Min. pub. contre Carrière*, D. H. 1930.397. *Gaz. Pal.* 1920.II.200.

2. C. E. 29 janv. 1932, *Sté des autobus antibois*, D. P. 1932.III.60, *Concl. Lalournerie*, note Blaevoet, S. 1932.III.65, Note P. Laroque.

ger aux tribulations pécuniaires de la compagnie des trams.

Aussi bien le maire de Cannes avait-il pris à ce sujet des mesures sévères : interdiction à toute voiture de transports en commun non seulement de stationner sur la voie publique mais encore de s'arrêter ou même de ralentir en cours de route pour prendre ou déposer des voyageurs sans une autorisation qu'il se réservait d'accorder discrétionnairement et qu'en fait il refusait naturellement toujours.

Devant le Conseil d'Etat le commissaire du gouvernement conclut à l'annulation : l'arrêté, déclare-t-il, vise les *services interurbains*; en leur interdisant toute espèce de stationnement il empêche pratiquement ces services de fonctionner; ainsi, bien que le mesure vise des activités exercées dans l'intérieur de l'agglomération il aboutit en fait à interdire des services intra-communaux, fonctionnant sur des voies extérieures à la ville et, sur lesquelles par conséquent le maire n'a pas de *compétence*.

Il y avait donc deux questions : la question du *but*, c'est-à-dire l'éternelle question de la réalisation du monopole : le maire peut-il interdire toute concurrence de nature à porter préjudice au concessionnaire exclusif? — la question de *compétence*

Le Conseil adopte le point de vue proposé par son commissaire, mais ce qui est beaucoup plus intéressant c'est que — pour marquer sa volonté d'affirmer une jurisprudence nouvelle — il se prononce incidemment sur la première question : « Il appartenait au maire d'interdire aux entreprises privées d'effectuer tout trafic de voyageurs dans l'intérieur de l'agglomération *de façon à empêcher la concurrence de ces entreprises avec la société concessionnaire des transports en commun dans ladite agglomération* et il était en droit *dans l'intérêt de la commodité* et de la sécurité de la circulation de prescrire des itinéraires spéciaux... et d'une façon générale d'aménager dans la commune *au mieux de l'intérêt public* les conditions de la circulation des entreprises de transport. »

La formule du Conseil est décisive : elle distingue l'*intérêt*

de la sécurité et l'intérêt du concessionnaire; ces deux intérêts représentent l'un aussi bien que l'autre l'*intérêt public*; si le premier justifie des réglementations spéciales, le deuxième suffit à justifier l'interdiction de la concurrence: il permet donc de fonder, en dehors de toute intervention de police, une *intervention purement et uniquement économique*.

III. La formule de l'arrêt de 1932 est devenue formule de style dans la jurisprudence du Conseil d'Etat; c'est elle qu'il reprend dans un certain nombre d'arrêts où il *précise* dans quelles conditions peut être réalisée la protection des services publics et la réalisation du monopole de fait; le Conseil a eu l'occasion d'établir à ce sujet un certain nombre de règles :

1° Ce sont d'abord des règles tenant aux *procédés* par lesquels le maire peut assurer la réalisation du privilège.

Le seul procédé possible est d'établir un régime d'autorisation et de refuser individuellement les autorisations (*Mironneau, précité*) ou encore pour les entreprises interurbaines de leur interdire les arrêts destinés à réaliser un trafic local (interdiction de déposer des voyageurs lorsque le transporteur quitte la ville, d'en prendre lorsqu'il y pénètre).

En revanche le maire ne peut interdire à l'avance et en bloc la présentation de toute demande d'autorisation (*tramways du Var et du Gard, 28 oct. 1932, D. H., 1932.592*).

Il paraît également douteux que le maire puisse interdire des entreprises qui fonctionnaient déjà au moment de la concession, retirer des permis de stationnement antérieurs. L'affirmative s'imposerait si l'on procédait par analogie avec les permissions de voirie car nous avons dit que, revenant sur sa jurisprudence de l'arrêt *Meurdrac* (14 janv. 1910, p. 26) le conseil admettait maintenant (*Laroque, 9 nov. 1932, précité*) le retrait, dans l'intérêt du concessionnaire, des permissions antérieures à la concession. Il semble qu'en notre matière la solution inverse résulte de l'arrêt *Mironneau*, le texte n'en est peut-être pas assez précis pour donner sur ce point une certitude, mais le Conseil d'Etat décide que « si le concurrent

privé faisait fonctionner une entreprise au moment du contrat de concession, il n'appartenait pas au maire d'Aix-les-Bains de *faire cesser* cette circulation ».

2^o On trouve en second lieu des règles tenant aux *limites de la compétence* du maire. On a vu une première règle dans l'affaire de Cannes: à l'égard des entreprises intercommunales le maire ne peut prendre de mesures ayant pour effet d'empêcher leur fonctionnement; il peut seulement leur interdire de faire du trafic local (*Sté des autobus antibois, Tramways du Var et du Gard*).

Le Conseil d'Etat a fait des règles de compétence une autre application: l'administration ne peut prendre des mesures en vue de protéger des services publics fonctionnant pour le compte d'autres collectivités administratives: dans l'affaire *Ramel* (16 juin 1933, D. P., 1933.III.33) un certain nombre de maires de la Savoie s'étaient entendus pour interdire dans leurs agglomérations le stationnement d'une entreprise de transports automobiles; la mesure avait pour but de protéger un chemin de fer local organisé par le département; cette affaire, où l'illégalité procède à la fois de la compétence et du but poursuivi, illustre bien les rapports souvent signalés entre l'incompétence et le détournement de pouvoir.

IV. La jurisprudence du Conseil d'Etat, en élargissant le pouvoir de l'administration de disposer de l'utilisation du domaine, se précise en deux constatations:

1. *La concession à titre exclusif n'est plus liée à la police.* Le vieux système du monopole de police, auquel paraît encore s'en tenir en la matière la Cour de cassation¹ est définitivement abandonné par l'arrêt Mironneau et par la formule de

1. 7 août 1934. Cass. crim. D. H. 1934. 527. Il faut d'ailleurs noter que la restriction apportée par la Cour au pouvoir de protéger le concessionnaire est compensée par la timidité qu'elle met dans la recherche du but poursuivi par l'agent public.

Dans l'affaire que nous citons elle déclare légal comme nécessité par les *besoins de la circulation* et « rentrant ainsi par son objet et sa nature dans l'exercice des pouvoirs du maire » l'arrêté du maire de Nice « interdisant à toute entreprise de transports dans les limites de l'octroi de la ville de prendre des voyageurs quand elles y rentrent, d'en déposer quand elles en sortent ».

l'arrêt des autobus antibois qui achève de dissocier la réalisation du privilège des exigences de la police.

2. L'administration peut *se réserver les utilités du domaine et en disposer au profit d'un concessionnaire*; elle peut empêcher totalement les particuliers de les utiliser contre elles.

La jurisprudence élargit ainsi le *pouvoir de l'administration de disposer de son domaine public*, elle crée des cas nouveaux, inconnus jadis, et dans lesquels l'administration peut concéder sur le domaine des privilèges privatifs, des situations exclusives.

Ce pouvoir de disposer plus librement du domaine apparaît encore en lumière lorsqu'on observe les *voies de droit* dont la jurisprudence prend soin d'assortir ces situations.

II. *Les voies de droit au profit des bénéficiaires.*

Ces voies de droit constituent pour le concessionnaire le droit à la protection, elles sont la sanction dont se trouve assortie l'attribution à son profit de certaines utilités du domaine. On vient de voir ce qu'était pour l'administration le *droit de protéger* son concessionnaire lorsqu'elle a disposé de l'utilisation de la voie à son profit exclusif; c'est maintenant son *devoir de protéger* qui apparaît.

Ces voies de droit se traduisent surtout par la *mise en jeu de responsabilités*.

C'est surtout par cette mise en jeu que le concessionnaire peut faire sanctionner les violations de son droit. Ce caractère se traduit surtout, et pour des raisons spéciales, lorsque le concessionnaire exerce ces voies de droit à *l'égard du concédant* pour exiger sa protection.

Il apparaît encore mais avec un caractère moins exclusif lorsqu'il les exerce à l'égard des *tiers concurrents* pour les empêcher de retirer irrégulièrement, en concurrence avec lui, des utilités sur lesquelles il prétend avoir un monopole.

a) *Contre l'administration.* — Le devoir de l'administration de protéger son concessionnaire exclusif s'exprime, lorsqu'il

est violé, par une *indemnisation*. Il se traduit exclusivement sur le plan subjectif de la responsabilité. Cette sanction exclusive tient à la fois au principe de la séparation des pouvoirs et aux règles techniques du contentieux administratif; elle est elle-même limitée par les principes qui dominent la responsabilité administrative en matière de police :

a) *L'indépendance de l'administration et du juge* s'oppose à ce que le juge puisse contraindre l'administration à prendre les mesures que réclame le concessionnaire; il n'existe pas entre les mains du juge de moyen de contrainte; si l'administration ayant accordé une concession à titre exclusif résiste à prendre les mesures nécessaires d'application, par exemple à établir pour les entreprises de transport un régime d'autorisation, les sanctions dont est assortie l'obligation de faire en droit public¹ ne permettent pas de l'y contraindre; on sait en particulier que le système des astreintes, pour la raison même de la séparation des pouvoirs, est inapplicable à l'administration².

b) D'autre part si l'administration est au contraire intervenue mais dans le sens opposé à la protection, si par exemple elle a autorisé des concurrents, la réalisation du contrat ne peut être davantage sanctionnée par le juge : il ne peut annuler les autorisations accordées mais ici pour une autre raison touchant à la technique du contentieux administratif : *le recours pour excès de pouvoir ne peut sanctionner la violation d'un contrat*³.

c) La seule sanction dont bénéficie le concessionnaire est la mise en jeu de la *responsabilité* de l'administration. Mais cette mise en jeu est elle-même limitée par les principes de la matière dans laquelle on se trouve : en matière de police seule

1. V. sur ce point J. BARTHÉLEMY. *De l'obligation de faire en droit public*, R. D. P. 1912.

2. Sur la non-application du système des astreintes en droit public : V. les conclusions de M. Detton sur l'affaire *Le Loir*, S. 1933.III.132.

3. C. E. 3 juillet 1915, *Repéré*, Rec. p. 225.

la *faute lourde* peut engager la responsabilité administrative¹. La responsabilité de l'administration est toujours engagée pour les *décisions exécutoires* qui portent atteinte au privilège du concessionnaire : l'octroi d'une autorisation au mépris de l'engagement pris « porte, dit le Conseil d'Etat, atteinte aux droits que le concessionnaire tenait de sa concession ». Le concessionnaire a toujours dans ce cas, droit à réparation (v. affaire *Sassey et Mironneau*, précitées).

La question est beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit des *mesures d'exécution* : l'administration ne prend pas de décision contraire aux intérêts du concessionnaire ou même elle prend des mesures destinées à protéger ces intérêts mais elle néglige en fait d'assurer l'exécution de ces mesures. Le problème se complique ici de ce que le Conseil d'Etat consacre dans certains cas une certaine *liberté de l'administration par rapport à sa propre réglementation* : il admet par exemple que l'agent posté sur la voie publique n'est pas tenu d'appliquer aveuglément les priorités réglementaires².

La question doit être résolue et est résolue en principe par l'exigence d'une *faute lourde*.

Dans un arrêt tout récent (12 oct. 1934, *Siskind*, D. H. 1934, p. 607) le Conseil d'Etat refuse toute indemnité à un concessionnaire exclusif du stationnement qui prétendait soulever la responsabilité de l'autorité de police à raison de la vente effectuée sur la voie publique par un concurrent non muni d'autorisation³.

En revanche la politique systématique des yeux fermés, la *tolérance systématique* engageant la responsabilité de l'admi-

1. Sur la nécessité d'une faute lourde en matière de police v. la note de M Bonnard sous l'arrêt *Garcin*, S. 1931.III.97 (*Concl. Latournerie*).

2. C. E. 4 mars 1932. *Ville de Versailles*, D. P. 1932.III.15 *Concl. Ettore, Note R. Bonnard*.

3. « Considérant que le sieur S. se fonde pour réclamer une indemnité à la ville de Paris sur ce que la ville aurait fait preuve de négligence en laissant s'effectuer des ventes interdites par l'ordonnance du 12 août 1910. Considérant que le seul fait de la vente illicite ne saurait dans les circonstances de l'affaire être considéré comme faisant apparaître de la part des services de police de la ville de Paris une faute de nature à engager la responsabilité de cette dernière ».

nistration; c'est ce qu'a décidé le Conseil dans l'affaire de la T. C. R. P. pour les facilités particulières de stationnement accordées à cette société; il s'agit ici de responsabilité de la ville à l'égard des concurrents mais le principe jouerait aussi bien dans l'hypothèse inverse : le Conseil déclare que s'il appartient à l'administration d'accorder des facilités particulières à la société, ce régime de faveur ne peut provenir de tolérances de fait dues aux agents de l'administration, ces tolérances « lorsqu'elles n'ont pas été autorisées par le préfet de police mais encore sont contraires à ses instructions et présentent un caractère abusif... constituent à la charge du service public une faute de nature à ouvrir un droit à réparation pécuniaire¹ ». Dans une autre matière le Conseil a reconnu coupable de « faute lourde de nature à engager sa responsabilité » l'administration qui, ayant imposé aux entreprises de transport l'obligation de contracter une assurance, autorise un entrepreneur non assuré².

Mais si le concessionnaire n'a, somme toute, que des moyens d'action limités contre l'administration pour l'obliger à faire respecter ses prescriptions, il a dans ce cas, directement *contre le concurrent*, des voies de droit énergiques, libérées cette fois des règles qui restreignent la contrainte exercée sur la puissance publique, renforcées au contraire des sanctions dont le droit civil assortit les obligations de faire :

b) *Contre les tiers*. — La jurisprudence judiciaire a dégagé ces voies de droit de la *notion de concurrence illicite ou déloyale*.

L'exploitation d'une entreprise en violation des prescriptions administratives constitue à l'égard du concessionnaire un fait de concurrence illicite qui engage la *responsabilité* du concurrent; mais, d'autre part, le concurrent peut être ici *contraint de faire cesser* le service illégal et le concessionnaire trouve ici dans le système des astreintes une arme efficace.

1. C. E. 26 juin 1931, S. 1932.III.68.

2. C. E. 2 juin 1933, précité, S. 1933.III, 19.

C'est ce qu'avait déjà jugé la cour de Paris dans une affaire *Marceau* le 2 mars 1888¹ en condamnant les concurrents de la Compagnie générale des omnibus pour « des actes de concurrence déloyale... sur la base de l'article 1382 du code civil ». C'est encore ce qu'a décidé le tribunal de commerce de Saint-Etienne : une entreprise qui viole l'arrêté préfectoral réglementant les points de stationnement est responsable à l'égard du concessionnaire pour concurrence illicite².

§ II. L'explication juridique de la jurisprudence.

On vient de voir que l'administration peut maintenant dans certains cas se réserver ou réserver à un individu l'utilisation de la voie publique.

Le pouvoir est *élargi* puisqu'il porte maintenant sur des utilisations qui correspondent à l'usage commun de la voie et non plus à des occupations privatives, sur des utilités du domaine qui, par l'affectation, ont été attribuées au public — il est *renforcé* puisque le bénéficiaire peut exercer, pour garantir son droit exclusif, des voies de droit particulièrement efficaces.

Comment peut *s'expliquer juridiquement* ce pouvoir de l'administration de disposer des utilités du domaine public ?

I. L'engagement contractuel de l'administration.

Il y a d'abord une première explication qu'il faut écarter, dont le vice apparaît évident mais dont nous devons malgré tout faire état car il n'est pas sûr qu'on ne s'en tienne quelquefois à elle : elle consiste à dire que l'autorité administrative s'étant engagée envers son concessionnaire à le protéger, l'élimination des concurrents n'est que la réalisation légitime et nécessaire d'un *engagement contractuel* ; l'administration,

1. D. P. 1888.2.280.

2. D. H. 1932.247.

dans l'exercice de ses pouvoirs, ne serait pas tenue d'ignorer les engagements qu'elle avait pu prendre.

Il semble que le Conseil d'Etat s'en soit tenu à ce raisonnement dans son arrêt du 12 novembre 1909 dont nous avons déjà parlé; il s'agissait, on s'en souvient, d'un maire qui avait refusé de délivrer un alignement individuel conforme au plan général pour assurer l'exécution d'une convention passée entre la commune et les riverains alors que la voie était encore privée; bien qu'il ne s'agisse pas d'une protection contre la concurrence, la question de droit est la même.

Voici comment dans cette affaire s'exprimait le commissaire du gouvernement, M. Teissier : « Il est bien certain que la servitude que le maire entendait protéger est une servitude de droit civil. Mais a-t-il ainsi commis un détournement de pouvoir ? Nous ne le croyons pas : le maire, à la fois chargé de la police de la voirie et de la gestion des intérêts de la commune n'en est pas moins un *personnage unique* et il est légitime et nous ajouterons légal et de bonne administration que dans certaines circonstances *il tienne compte de sa double mission*. Et si l'acte de police de la voirie qu'on lui demande est contraire à des obligations contractuelles de la commune... il est parfaitement légitime que le maire le refuse » (D. P., 1911. III.97).

Cette manière de raisonner est inadmissible; il s'agit précisément de savoir si l'administration a pu juridiquement s'engager; la valeur de cet engagement dépend du pouvoir qu'elle possédait pour accomplir les actes assurant sa réalisation; or ce pouvoir ne dépend pas de l'engagement pris, *c'est au contraire la valeur de l'engagement qui dépend de ce pouvoir*.

Le Conseil, nous l'avons dit, a raisonné beaucoup plus juste dans l'affaire *Thérond* en décidant que la concession à titre exclusif de l'enlèvement des bêtes mortes, accordée par une commune ne pouvait donner au maire le pouvoir d'empêcher les propriétaires de bêtes mortes de les faire disparaître eux-mêmes.

Donc, lorsqu'une commune accorde à un concessionnaire de

transports un privilège exclusif, ce n'est pas cet engagement qui peut donner au maire le pouvoir de refuser aux concurrents les autorisations qu'ils sollicitent. Ce pouvoir doit être envisagé, expliqué, justifié *en lui-même*, c'est sur lui que repose tout l'édifice de la concession à titre exclusif, c'est de lui que dépend la valeur de la concession.

II. *Le droit de propriété de l'administration.*

C'est en effet par l'analyse de cette autorisation que l'on a donné une explication du système. Cette autorisation, a-t-on dit¹, n'est pas un acte de police car elle ne pourrait alors servir à la réalisation d'un contrat; le maire lorsqu'il la refuse n'agit pas au titre de la police mais *au titre de la domanialité*.

L'administration, en effet, exerce sur la voirie, parallèlement à ses pouvoirs de police, des pouvoirs de gestion. Cette gestion n'est que la gestion d'une *propriété* car la voirie apparaît au même titre que les autres dépendances du domaine comme une propriété, l'administration doit intervenir pour s'assurer que cette propriété est *bien exploitée*, que l'exploitation que l'on en fait répond à sa meilleure utilisation. Lorsque l'exploitation ne répond pas à cette condition, les agents publics peuvent refuser de l'autoriser.

C'est ce qui se produit lorsqu'un particulier prétend organiser dans une région une entreprise de transport alors que les besoins du public sont déjà satisfaits par un service qu'assure l'administration; celle-ci peut, au titre de la domanialité, en vertu de son droit de gérer le domaine, interdire l'activité concurrente parce que la meilleure exploitation du domaine est déjà réalisée.

a) *Pour les utilisations anormales.* — Mais, ajoute-t-on, ce système ne peut être réalisé que parce que les entreprises de transport font un *usage anormal* des voies publiques; en effet,

1. V. LAROCHE, Notes précitées au S. 1932.III.65 et 1933.III.41. Cf. Note signée P. L. J., D. P. 1933.III.33.

l'administration ne peut intervenir au titre de la domanialité, en vertu de ses pouvoirs de gestion du domaine qu'à l'égard des utilisations anormales de ce domaine — à l'égard des utilisations normales elle ne peut intervenir qu'en vertu de ses pouvoirs de police.

Si l'on admet l'idée d'utilisation anormale, il est certain que le monopole de fait s'explique aisément : il est même *inutile* de faire appel à la domanialité et à la gestion du domaine public : logiquement l'autorité administrative doit pouvoir refuser d'autoriser un usage anormal sans être liée dans ce refus par un but précis, par exemple par un but de police; elle n'est plus limitée que par la notion large de l'intérêt général et l'intérêt du service public fait certainement partie de l'intérêt général; il suffit pour justifier le monopole de fait d'utiliser le même raisonnement que l'on faisait jusqu'ici pour les occupations anormales de la voirie, par exemple pour la concession à titre exclusif de l'éclairage.

b) *Pour les utilisations normales.* — Mais nous croyons qu'il s'agit d'un usage parfaitement *normal* de la voie publique; il s'ensuit d'abord que l'explication par la propriété s'impose — d'autre part que l'idée de propriété est ainsi étendue à l'utilisation commune et normale de la voirie : l'administration intervient au titre de la domanialité et de ses droits de propriétaire à l'égard de l'*usage commun et normal* des voies publiques.

Le *refus* d'accorder des autorisations apparaît alors comme l'acte du propriétaire qui *empêche qu'on ne retire les utilités de sa propriété contre son propre intérêt*; la concession à *titre exclusif* comme l'acte par lequel elle *se réserve ces utilités pour en disposer au profit d'un particulier*.

Le pouvoir que l'administration conserve sur ces utilités se révèle ici sous sa forme la plus énergique : il ne consiste plus à garder sur ces utilités, qui sont les utilités normales de la chose, un droit de direction, mais à les *retirer au public et à en disposer d'une manière totale*.

Mais ce pouvoir du propriétaire demande à être *justifié*; il y a en effet pour l'administration une limite à la propriété : c'est la *destination du domaine*. L'administration ne doit pouvoir exercer les conséquences de son droit de propriété que dans la mesure où ces conséquences ne contrarient pas cette destination.⁷ En particulier elle ne doit pouvoir disposer des utilités que comporte la voirie que si elle n'entrave pas, en le faisant, sa destination.

Le Conseil d'Etat applique très bien cette idée à la *théorie des permissions de voirie*; il décide que l'administration ne peut accorder ces permissions, retirer les utilités que lui procurent ces permissions, que si l'usage du public n'en subit pas une entrave : c'est ce qu'il a jugé le 19 juin 1931 (*Ville de Sarreguemines*, Rec. p. 657) en annulant l'autorisation d'occuper et de clôturer tout le bas d'une rue, accordée par un préfet à une manufacture; le Conseil déclare que cette permission ayant pour effet d'empêcher l'usage normal de la voie en vue de la circulation doit être annulée comme « manifestement incompatible avec la destination du domaine public ». C'est la même idée qu'il applique en décidant que les communes ne peuvent créer des parcs de stationnement qu'en ménageant en bordure de ces parcs des passages libres pour l'accès des riverains.

Mais précisément on doit se demander si la destination de la voie n'est pas contrariée lorsque l'administration se réserve le droit exclusif d'y faire circuler des véhicules affectés aux transports; en effet *elle interdit par là à certains individus l'utilisation d'un bien laissé à l'usage de tous*.

1^o Nous pensons cependant que la destination de la voirie n'est pas contredite; cela tient à la véritable conception que l'on doit se faire de cette destination.

Il y a, nous l'avons dit, dans cette destination, deux éléments : un but, la réalisation des relations territoriales, un moyen pour réaliser ce but : l'usage du public.

Pendant longtemps le deuxième élément, l'*usage du public*, a paru dominant, son règne a coïncidé à la fois avec l'époque

où triomphaient les idées libérales, où ces idées s'étendaient à toutes les matières, où la meilleure utilisation des voies publiques consistait à laisser les particuliers organiser eux-mêmes les relations territoriales — et aussi avec l'époque où le domaine public tout entier était défini dans son critérium et dans sa consistance par l'affectation à l'usage de tous.

Il apparaît de plus en plus que ce qui est essentiel, c'est le *but*, la *réalisation des relations* territoriales, que l'usage du public ne vient que comme un *moyen* de réaliser ces relations; ce n'est là qu'un exemple de cette tendance commune à toutes les dépendances du domaine et qui consiste à préciser et aussi à mettre en vedette le but auquel elles sont affectées.

Il faut alors distinguer parmi les utilisations de la voirie :

Il y a d'abord les *utilisations individuelles*, exercées isolément par chacun, l'usager réalise lui-même pour son propre compte les relations territoriales : ces utilisations doivent rester libres pour que la destination de la voie soit assurée.

Mais il faut mettre à part l'usage que font de la voie les *entreprises de transport*, celles qui consistent à offrir au public des *moyens collectifs de circuler*; ici l'usager se mêle d'une manière spéciale à la réalisation du but auquel est affectée la voie, il fait profession d'assurer ce but, d'organiser les relations territoriales, c'est en cela que consiste le *caractère exceptionnel* de son utilisation; ce caractère n'a rien d'« *anormal* »; bien au contraire, il n'est pas d'utilisation qui soit plus « normale » puisqu'elle se rattache plus encore que toute autre au but de la voirie. Mais leur caractère entraîne des conséquences particulières.

Les relations territoriales ne sont plus ici assurées de la même manière que dans le cas de la circulation individuelle; il n'est plus indispensable pour qu'elles soient assurées que *tous les individus puissent utiliser la voie pour y créer ces entreprises* comme il est indispensable que tous puissent l'utiliser pour eux-mêmes; les faits économiques les plus récents ont même montré que dans certains cas la multiplication excessive de ces entreprises, ce que l'on appelle « l'inflation des

moyens de transport » pouvait au contraire empêcher que les relations ne soient bien assurées. Ce qu'il faut, c'est que ces relations soient assurées effectivement.

Il est intéressant de noter que la jurisprudence fait parfois instinctivement la distinction entre la circulation individuelle et les transports publics, en tenant compte du caractère que nous venons de souligner : dans l'affaire *Cook* (S. 1901.III. 118) le Conseil d'Etat déclare au sujet des voitures de place que « si le maire a des pouvoirs étendus à l'égard de ces voitures... c'est parce qu'elles stationnent sur la voie publique et qu'elles sont à la disposition du public ».

Ainsi le droit de propriété de l'administration ne peut s'exercer que si la réalisation des relations territoriales est assurée, si le rayon territorial dans lequel il s'exerce est pourvu de moyens de transport suffisants pour satisfaire les besoins du public¹.

Mais ce point de vue impose une précision : A prime abord il semble que la condition soit toujours réalisée : la protection d'un service public suppose précisément l'*existence d'un service* assurant les relations.

Seulement l'existence de ce service ne doit pas suffire en elle-même; la destination du domaine ne doit être vraiment considérée comme assurée que si le service répond à *la meilleure satisfaction des besoins du public*, que si les relations territoriales sont réalisées par les procédés les plus conformes à l'intérêt général.

Or on peut se demander s'il en est bien ainsi lorsque l'administration protège ses services publics contre des moyens

1. M. Laroque aboutit à la même solution (Note précitée sous l'arrêt *Mironneau*) : « L'autorisation pourra être refusée toutes les fois que le besoin auquel le service envisagé se propose de satisfaire est déjà suffisamment satisfait par les services existants, toutes les fois en un mot, que la création du nouveau service ne répond pas à la bonne exploitation du Domaine public. L'autorisation ne saurait donc être refusée à un service répondant à un besoin auquel il n'est pas encore pourvu. Elle peut l'être au contraire si la région que le service se propose de desservir est déjà pourvue de moyens de transport suffisant à ces besoins. Il y a là d'ailleurs une appréciation fort délicate qui doit être faite en tenant compte non seulement de la préexistence d'un service mais encore des conditions dans lesquelles il fonctionne. »

de transport plus modernes, plus adaptés aux goûts du public et au progrès mécanique, lorsqu'elle défend contre ce progrès même le tramway, le chemin de fer d'intérêt local.

Dans l'affaire Sassey, le Conseil d'Etat déclare légitime la protection du concessionnaire d'*omnibus à traction animale* contre un entrepreneur d'*autobus*. Cette solution a déjà été critiquée par M. Jèze¹. Le raisonnement de M. Jèze est le suivant : la concession à titre exclusif ne doit jamais enlever à l'administration le *pouvoir de réorganiser* le service public concédé, ni celui d'organiser un autre service public complémentaire du service concédé. Si l'on adoptait la solution contraire, on sacrifierait l'*intérêt général* (satisfaction adéquate d'un besoin collectif) à l'*intérêt particulier* du concessionnaire. L'intérêt général exige qu'une municipalité puisse faire bénéficier les habitants d'un service de transport en commun par autobus et que la résistance du concessionnaire d'*omnibus à traction animale* n'oblige pas les habitants à user pendant de nombreuses années de ce mode de transport désuet. Et M. Jèze compare cette solution à la jurisprudence touchant les concessions à titre exclusif du service de l'éclairage, qu'il estime « plus élégante et plus correcte » ; on sait que cette jurisprudence a permis aux municipalités liées envers des gaziers de mettre ceux-ci en demeure d'organiser l'éclairage électrique faute de quoi le concédant se trouvait libéré de son engagement.

L'argument soulevé par M. Jèze est donc la *règle de la primauté de l'intérêt général* en matière de service public et, sur le fondement de cette règle, le pouvoir du concédant de *réorganiser le service* ou de *créer un autre service* nonobstant le privilège accordé.

On peut, croyons-nous, se placer à un *autre point de vue*, c'est celui que nous avons adopté.

L'administration ne peut se réserver ou réserver à un concessionnaire des utilités de son domaine que *si la destination*

1. JÈZE. *Principes généraux de droit administratif*, III, p. 387.

du domaine est convenablement assurée; la destination de la voirie n'est pas convenablement assurée lorsque les relations territoriales sont organisées suivant un mode désuet, lorsque le service que l'on protège n'est pas adapté au progrès et aux besoins du public. Ce n'est pas seulement l'*intérêt général* qui s'oppose alors à l'intervention administrative mais la *destination du domaine public*.

Le Conseil d'Etat a mieux appliqué ce principe dans l'affaire des *tramways du Var et du Gard* (C. E. 28 octobre 1932, D. H. 1932, 592); il a décidé que la réalisation d'une concession de transports à titre exclusif ne pouvait se faire que par voie de refus individuels d'autorisation mais que « le maire de Toulon n'avait pu interdire à l'avance toute demande d'autorisation de transports en commun, quels que soient l'époque, les itinéraires, les besoins et les circonstances de la circulation ». La solution est très correcte, elle réserve l'avenir et le droit pour l'autorité administrative d'apprécier par la suite si les autorisations sollicitées ne font pas apparaître des procédés de transport mieux adaptés que ceux du concessionnaire aux besoins du public; il y a cependant tout lieu de croire que c'est une raison différente qui a décidé le Conseil : « Le caractère général, absolu et permanent de l'interdiction, excédant les pouvoirs que le maire tient de la loi du 5 avril 1884. »

Mais c'est surtout dans la fameuse affaire des *Tramways de Cherbourg* que le Conseil d'Etat a fait une application moderne de cette « solution élégante et correcte » que M. Jèze louait dans la jurisprudence des concessions d'éclairage : en invitant l'administration et son concessionnaire de transport à s'entendre pour indemniser l'entreprise, le Conseil a fait application de cette idée que les relations territoriales et par conséquent la destination du domaine doivent être assurées de la façon la meilleure.

L'analogie est frappante entre cette situation et celle que l'on retrouve dans l'affaire des *autobus antibois*.

Dans les deux cas il s'agit d'une compagnie de tramways

qui ne fait plus ses affaires, qui est soutenue artificiellement, la première par des *indemnités d'imprévision*, la deuxième par la *protection administrative* contre les concurrents. Dans les deux cas les relations territoriales sont insuffisamment assurées, les besoins du public mal satisfaits, la destination des voies publiques mal remplie.

Dans le premier cas, qui est celui des rapports entre l'administration et le concessionnaire, le Conseil d'Etat décide que le service public doit s'adapter ou disparaître. En décidant dans le second, qui est celui des rapports entre l'administration et les tiers concurrents, que l'administration peut continuer de se réserver les utilités de son domaine, bien que la destination en soit mal assurée, nous nous demandons si le Conseil n'a pas préféré non seulement, comme le dit M. Jèze, *l'intérêt particulier à l'intérêt général*, mais encore *l'exploitation financière du domaine public à la réalisation de son but*.

SECTION V. — LES ENTREPRISES DE TRANSPORTS AUTOMOBILES D'APRÈS LE DÉCRET-LOI DU 19 AVRIL 1934¹

Jusqu'au mois d'avril 1934 les problèmes que soulevait la concurrence économique entre les moyens de transport ont dû être résolus en dehors de toute intervention législative, en dehors de toute réglementation générale.

C'est pourquoi ils ont donné lieu à des *mesures administratives locales* dont le contentieux a permis à la jurisprudence, en particulier à la jurisprudence du Conseil d'Etat d'appliquer les principes et les idées qui, depuis quelque temps, en matière de transports étaient « dans l'air ». Ces idées n'ont pu être appliquées juridiquement qu'en faisant appel pour les justifier aux principes de la « domanialité », aux droits que les administrations possèdent sur leur domaine public.

1. D. P. 1934.IV, p. 104.

A ce titre cette jurisprudence constitue une œuvre précieuse non seulement, comme on l'a dit, parce qu'elle donnera dans l'application du décret-loi de 1934 des indications utiles, mais parce que la nécessité de les expliquer juridiquement n'a pu se faire, — en dehors d'une réglementation de nature législative qu'il est toujours possible d'expliquer directement par l'interventionnisme — qu'en recherchant une explication dans la *théorie de la domanialité*, laquelle a revêtu de ce fait un aspect nouveau.

Mais un pareil système ne pouvait permettre que de résoudre des problèmes *locaux*, de les résoudre *isolément*. La nécessité de trouver une *solution d'ensemble*, de réaliser par un plan général ce que l'on a appelé la « coordination du rail et de la route » devait être cherchée dans une réglementation générale que l'on attendait depuis longtemps.

Les bases de cette réglementation ont été jetées dans un avis très développé du Conseil national économique dans sa session des 16-17 février 1934 (*J. off.* du 23 fév. 1934, p. 1840), rendu lui-même sur le rapport de M. Josse. Les principes posés dans cet avis étaient précisément ceux que la jurisprudence du Conseil d'Etat appliquait depuis quelque temps pour résoudre les conflits locaux.

On les retrouve en général dans les dispositions essentielles du décret-loi. L'idée essentielle du régime nouveau est celle sur laquelle nous avons insisté : il n'est pas nécessaire pour que les relations territoriales et par conséquent la destination du domaine public soit bien assurée que *tous les particuliers* aient le droit de créer et de multiplier des entreprises de transport ; il suffit que *les besoins du public soient satisfaits*, que le service soit convenablement assuré.

Partant de ce principe le décret-loi ouvre la possibilité de régler par zones les questions de concurrence entre les entreprises publiques et les entreprises privées de transport : ce règlement se fait par le maintien des entreprises nécessaires et les mieux adaptées aux besoins et par la disparition des autres.

Les principes essentiels du régime s'expriment dans les *procédures* instituées pour résoudre les conflits de concurrence et dans les *solutions* qui doivent en être cherchées.

1° La procédure envisagée fait d'abord appel à l'*entente* des concurrents eux-mêmes. Les transporteurs sont, par régions, invités à conclure entre eux des accords qui constituent la base de la coordination et deviennent exécutoires après approbation du ministre.

2° C'est à défaut d'entente que la puissance publique agit par *voie d'autorité*, intervient pour *diriger la concurrence*. Cette intervention est elle-même soumise à des procédures particulières : il est créé un comité de coordination composé d'experts représentant les réseaux de chemins de fer, les concessionnaires de transport par automobile et les entreprises privées, et d'un arbitre désigné par le gouvernement. A défaut d'entente et après confrontation des experts, l'arbitre soumet au ministre des travaux publics ses propositions pour la suppression et le maintien des services existants, la création de services nouveaux. Ces propositions sont exécutoires après approbation du ministre.

Ces procédures consacrent donc un *système d'interventionnisme, d'économie dirigée* mais qui ne vient que *subsidairement*, à défaut d'entente entre les intéressés eux-mêmes.

II. Les solutions envisagées sont dominées par un certain nombre d'idées :

1° L'organisation rationnelle des relations territoriales comporte la *limitation du nombre des entreprises* : à partir du moment où les arrêtés ministériels entrent en vigueur il ne peut être créé de service nouveau qu'avec l'autorisation du ministre.

Le décret-loi généralise donc le *système de l'autorisation* — avec cette réserve qu'il s'agit seulement des zones où s'appliquent les arrêtés ministériels — mais le pouvoir d'autoriser est placé dans ce cas entre les mains du *ministre* et non plus des autorités locales.

D'autre part certains services existants peuvent être *supprimés* s'ils sont jugés superflus pour satisfaire les besoins du public.

2° Le régime est basé, d'autre part, sur le principe de la *répartition des tâches* et de la *collaboration* : la solution des conflits ne se fait pas par l'élimination brutale de l'un des concurrents au profit de l'autre : certaines entreprises privées doivent disparaître mais l'administration de son côté procède à la suppression de certains de ses services.

3° Enfin à l'égard des entreprises privées maintenues l'administration peut intervenir pour les *diriger* : on consacre ainsi le principe dont la jurisprudence avait déjà trouvé le fondement dans les pouvoirs de l'administration sur son domaine : les services maintenus peuvent être assujettis à des *conditions* relatives « aux horaires, aux tarifs, à l'obligation d'assurer le service et de respecter l'égalité entre les usagers, à l'acceptation des transports postaux » (art. 4 du décret-loi).

CONCLUSION

Il semble que de plus en plus s'affirme à l'heure actuelle une tendance à mesurer la valeur des théories et des concepts juridiques à leur *utilité* : la notion d'utilité joue alors le rôle d'une sorte de juge dont la compétence traduit assez fidèlement l'orientation essentiellement pratique des mentalités modernes.

Peut-être convient-il au terme de ce travail de soumettre à cet arbitrage les deux idées qui y ont été constamment soulevées : celle d'« *anormalité* » et celle de *la propriété*.

La sentence ne nous paraît guère douteuse : si la première idée se révèle plus dangereuse qu'utile, les nécessités actuelles de la vie administrative rendent à notre avis la deuxième indispensable.

I

Il était curieux de chercher quelles réactions a pu produire dans le monde du droit un phénomène comme l'apparition de l'automobile, en particulier s'il y a toujours trouvé l'appui que méritaient pour lui les progrès merveilleux qu'il a apportés à la vie économique et à la vie sociale. Cette recherche conduit assez souvent à des conclusions assez pessimistes.

S'il est difficile de soutenir que l'automobiliste trouve dans notre *droit fiscal* un accueil des plus favorables, il n'est guère possible non plus d'affirmer qu'il soit toujours l'ami du *droit civil*.

Si l'on cherchait les raisons profondes de cette étonnante jurisprudence qui régit depuis quelques années la responsabilité civile du propriétaire d'automobile, peut-être y trouverait-on encore en 1935 une double prévention contre un objet

dangereux et contre un objet de luxe. En tout cas les résultats ne sont pas douteux : si l'on a pu déplorer avec amertume que le piéton lorsqu'il pénètre sur une rue moderne doive presque déjà s'attendre à devenir une victime, il n'est pas inutile de rappeler que l'automobiliste, lorsqu'il s'y engage, est déjà un responsable présumé.

Avouons que l'automobiliste fait souvent figure d'une sorte d'inculpé : ne parle-t-on pas de la « pénalisation des poids lourds » ?

Nous nous sommes demandé quelle avait été de ce point de vue la réaction particulière du *droit administratif*.

Hâtons-nous de dire d'abord que l'automobiliste a souvent trouvé auprès des tribunaux administratifs la protection de ses droits les plus essentiels.

Le Conseil d'Etat a eu maintes fois l'occasion d'affirmer que cet usager des routes ne doit jamais être soumis à un régime d'arbitraire et d'exception ; il en a trouvé un moyen précieux dans l'application du *principe d'égalité* : ce principe veut que tous les usagers des voies publiques reçoivent le même traitement lorsque les caractères des activités exercées ne justifient pas pour certains des règles spéciales imposées par les conditions dans lesquelles elles se manifestent.

Précisément le Conseil a estimé que le seul fait de la traction mécanique ne constituait pas ce caractère spécial, ne justifiait pas pour l'automobile un régime juridique différent de celui qui s'applique aux autres usagers. Il en a fait de multiples applications. En décidant que les communes ne peuvent établir des redevances de stationnement visant spécialement et exclusivement les automobiles — que « le maire ne peut interdire la circulation des camions automobiles sur les chemins ruraux alors que celle des camions mus par un autre mode de traction n'a pas été réglementée » (S. 1928.III.24) la jurisprudence organise au profit de l'usager des routes, lorsque cet usager est un automobiliste, une garantie précieuse.

Mais est-il sûr qu'à côté de cette garantie, l'automobilisme

n'ait pas rencontré dans notre droit administratif d'étranges défaveurs ?

Il en a rencontré d'abord dans la *pratique administrative* sous la forme de réglementations draconiennes devant lesquelles le juge garde quelquefois un silence presque complice et qui livrent au pouvoir de police celui que M. Troabas appelle quelque part avec une compassion pittoresque « l'automobiliste traqué ».

Mais il en a rencontré aussi dans les constructions jurisprudentielles et c'est surtout ce que nous avons voulu relever.

Avouons-le, on en est souvent resté à cette idée primitive, justifiée peut-être aux environs de 1900, que l'automobile est un engin dangereux¹, nouveau, exceptionnel, et pour dire le mot, *anormal* — que la circulation de l'automobile est une activité redoutable et qu'elle doit se traduire dans la technique juridique par l'*extension de la catégorie de l'anormal*.

Anormale la circulation des camions dès qu'elle exige des collectivités chargées d'entretenir la voie, des dépenses nouvelles.

Anormale l'entreprise de transport dont les voitures se succèdent à intervalles réguliers parce qu'elle rompt cet « usage tranquille, moyen, paisible » qui répondait aux plus vieilles habitudes.

Anormal le stationnement du touriste parce que le maniement facile de son véhicule lui permet de s'arrêter une demi-heure au bord de la route pour admirer le paysage.

Anormal en somme tout ce qui rompt les habitudes et pose à l'autorité administrative des problèmes nouveaux.

Reconnaissons que cette manière de résoudre ces problèmes, si elle est des plus commodes, n'est pas toujours des plus heureuses — et ajoutons que cette extension donnée à la catégorie de l'utilisation anormale, si elle a contribué, en la rendant plus vague et plus obscure, à jeter le discrédit sur une notion déjà repoussée par certains, n'a pas été toujours

1. Sur la responsabilité du conducteur d'automobile en droit administratif et ses rapports avec l'idée de chose dangereuse v. Mathiot, Note au S. 34.III.81.

non plus dans le sens de l'*utilité* pratique et du progrès social.

Il semble, en effet, que, dans cette extension donnée aux utilisations anormales, ce ne soit plus seulement certains types de circulation automobile mais l'*automobilisme* lui-même que l'on en vient à considérer comme un usage anormal des voies publiques.

Il faudrait alors déclarer que la voie publique n'est destinée qu'à certains modes de transport. Et c'est bien au fond ce que l'on dit chaque fois qu'apparaît un nouveau mode de locomotion; chaque fois le nouveau venu fait figure d'indésirable c'est-à-dire en langage juridique d'« usager anormal ». Que n'a-t-on pas dit à l'époque contre la prétendue vitesse de ces lourds véhicules qu'étaient les cochers de nos ancêtres, bousculant les passants dans les rues étroites des villes?

Est-il besoin de souligner combien en 1935 ce point de vue, appliqué à l'automobile, paraît retardataire?

Si le normal traduit, suivant la définition fameuse de Durkheim, la moyenne des habitudes sociales, n'est-ce pas l'automobile qui est aujourd'hui le véhicule normal? N'est-ce pas la voiture à traction animale qui est devenue le véhicule anormal et si un régime d'exception doit exister n'est-ce pas plutôt pour elle qu'il doit être établi?

II

Il y a longtemps que l'on cherche à justifier la *propriété privée* par son *utilité*, en particulier que l'on substitue la justification par l'utilité sociale à la justification par la liberté individuelle (v. par exemple Duguit, *op. cit.*, III, p. 618).

Il y a longtemps aussi que pour le *domaine public en général* l'idée de propriété est aperçue comme une idée *utile*, se justifiant parce qu'il est utile que l'administration soit propriétaire et aux époques où cette utilité se fait sentir (v. par exemple sur cette justification *utilitaire* de la propriété administrative : Hauriou, *op. cit.*, 11^e édition, p. 644; cf. Alibert, *Note précitée* au S. 1930.III.1.).

L'objet de cette thèse était de montrer que pour l'une des

dépendances du domaine qui semblait le plus répugner à l'appropriation et à l'égard de son usage commun, courant, habituel, qui est le plus intéressant, — aussi bien que pour son utilisation privative, qui reste en somme l'exception, la propriété de l'administration s'imposait comme une construction *utile*.

Nous avons cru que ce point de vue était apparu indispensable du jour où, à côté de l'intervention de *police* pour laquelle l'idée de propriété est une explication inutile, s'étaient développées une *intervention financière* et une *intervention économique* pour lesquelles l'idée de propriété est une explication nécessaire.

Le rôle que les doctrines libérales ont longtemps assigné à l'administration sur la voirie se limitait à une mission des plus réduites.

Ouvrir des voies, les entretenir, assurer la liberté de leur usage, empêcher les empiètements, autoriser les occupations compatibles avec l'usage de tous, telle est longtemps restée cette mission.

L'action administrative se meut alors sur un terrain dont l'horizon est court : la vieille notion classique de la « *sécurité et commodité de la circulation* » borne cet horizon.

Pour permettre la réalisation de ce rôle l'idée de propriété n'est dans les Etats modernes d'aucun secours. Sans doute le doyen Hauriou rattache-t-il à elle toutes les prérogatives de l'administration même celles de la police ; c'est là une conception qui a pu avoir sa valeur historique, mais dont on peut aisément se passer : il n'est pas douteux qu'au moyen âge le souverain ait fait appel à la propriété pour justifier la police de son domaine, peut-être l'idée était-elle alors précieuse pour permettre à l'Etat d'exercer son intervention de police dans une époque confuse où la propriété ouvrait de ce point de vue plus de possibilités que la souveraineté elle-même. En 1935, elle est tout à fait inutile pour ce genre de services ; dix siècles ont suffisamment affirmé l'autorité de l'Etat pour qu'il soit inutile d'aller chercher dans les droits que tout propriétaire

privé exerce chez lui le principe d'une intervention qu'il trouve aussi bien dans les prérogatives spécifiques de la puissance publique.

Mais les idées modernes ont ouvert à la mission de l'administration sur la voirie des horizons nouveaux ; elles ont imposé une intervention *financière* et une intervention *économique*.

Il est apparu d'abord que la voirie était, au même titre que les mines, que l'énergie hydraulique, une richesse nationale sur laquelle la collectivité, représentée par l'administration, devait avoir sa part de *profits* ; la détresse des budgets locaux, l'accroissement impressionnant des dépenses de voirie ont fait sentir que l'administration devait chercher dans l'exploitation financière de son domaine public les ressources conciliables avec sa destination normale.

Mais les circonstances modernes de la *vie économique* ont aussi fait comprendre que l'administration ne pouvait pas se désintéresser de la manière dont ses voies publiques sont utilisées économiquement : l'intervention économique dans la concurrence qui s'exerce sur la voirie s'est imposée comme une nécessité vitale ; cette intervention faisait de ce jour partie de la mission normale de l'administration.

L'apparition de ces deux types d'intervention, nouveauté caractéristique du régime juridique des voies publiques au *xx^e* siècle, appelle l'idée de propriété ; par elles cette idée achève son entrée officielle dans l'administration de la voirie.

En effet, rattachées à la *police*, les interventions *financière* et *économique* étouffent dans un cadre trop étroit parce que les droits modernes répugnent à l'idée féodale de rattacher une fiscalité à la police et parce qu'ils hésitent à établir sur la police le principe d'une gestion économique.

Au contraire l'*idée de propriété* permet seule de fonder logiquement, totalement la mission nouvelle de l'autorité administrative. Elle le permet parce qu'elle revêt de plus en plus elle-même un aspect économique et financier ; elle le permet parce que l'exercice de la propriété n'est plus limité par l'exigence d'un *but étroit de police* mais seulement par celle beaucoup plus large d'un *but d'intérêt général*.

La notion actuelle de l'*intérêt général* s'est, en effet, suffisamment élargie pour accueillir celles d'intérêt financier et d'intérêt économique; l'évolution de la *jurisprudence des actes de voirie* en fournit une illustration lumineuse.

L'intérêt général était jadis enfermé dans des limites assez étroites : dans un arrêt Boudaz (30 juillet 1915, p. 262), le Conseil d'Etat déclarait irrégulier l'élargissement d'un chemin vicinal opéré dans un *but esthétique* et soulignait que de pareilles considérations étaient étrangères à l'intérêt général.

Il nous est parvenu le cas plus récent d'un maire de ville d'eau qui interdisait devant un somptueux palace le stationnement des voitures à l'aspect trop prolétarien; il est, il est vrai, très probable qu'un juge n'aurait pas, s'il en avait eu l'occasion, sanctionné un pareil souci d'élégance : en tout cas l'affaire Taillandier révèle, au moins en partie, dans la matière du retrait des occupations domaniales, le désir jugé légitime par le Conseil d'Etat et d'inspiration essentiellement esthétique, d'éviter qu'un occupant n'enlaidisse le domaine public par des étalages d'un goût douteux.

Mais surtout l'*intérêt financier* et l'*intérêt économique*, jadis séparés de l'intérêt général par une haute muraille, en font aujourd'hui partie. L'affaire Zénard, en justifiant l'intervention administrative en vue de faire pression sur les prix, dans une matière où le service public ne peut être créé que « dans l'intérêt général » montre que la gestion économique n'est plus maintenant étrangère à cet intérêt. L'affaire des autobus d'Antibes, en affirmant que la protection d'un concessionnaire aux abois fait partie de l'« intérêt public » souligne que cet intérêt ne répugne plus aux considérations financières.

Le pouvoir de l'administration, lorsqu'elle règle l'usage des voies publiques, va donc bénéficier de toutes les ressources que lui procure la notion élargie de l'intérêt général. Elle ne le peut que si, soustraite au but étroit de police, elle n'est plus limitée que par cet intérêt général : or cette limite est bien la seule à laquelle elle se heurte lorsqu'elle exerce ses droits de propriétaire.

Seul l'exercice de ces droits lui permet, lorsqu'elle a déjà assuré les besoins de la *police*, de satisfaire également les nécessités de l'exploitation *financière* et les exigences modernes de la vie *économique*.

Vu :
Le Doyen,
T.-E. FERRON

Vu, bon à imprimer :
Le Président,
R. BONNARD

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 20 Février 1935.
Le Recteur de l'Académie,
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux. — Articles de Revues. — Thèses.

- Amblard.** — *Le Code de la route*, 3^e éd., Dalloz, 1930.
- Bastid.** — « Les aisesances de voirie », *Rev. du droit public*, 1930, p. 610.
- Berthélemy.** — *Traité de droit administratif*, 13^e éd., 1933, pp. 488 et s.
- Béquet.** — *Répertoire du droit administratif*, t. XI, v^o Domaine; t. XXVIII, v^o Voirie terrestre et v^o Voiture.
- Bettinger.** — *La situation juridique du concessionnaire de transports en commun à l'égard de la concurrence*, thèse Paris, 1933.
- Bonnard.** — *Précis élémentaire de droit administratif*, 1^{re} éd., 1926, pp. 447 et s.
— *Précis de droit administratif*, 2^e éd., 1935, pp. 508 et s.
- Conseil national économique.** — Avis du 16 févr. 1934, *J. off.*, 23 févr. p. 1840.
- Crambes.** — *La police de la route et la circulation des automobiles*, thèse Toulouse, 1930.
- Daguerre.** — *La politique de la route*, thèse Bordeaux, 1926.
- Dejamme.** — « Des droits de location et de stationnement sur le domaine public », *Revue gén. d'Adm.*, 1886, II, p. 5.
- Dignac.** — *Les subventions industrielles à l'entretien des chemins vicinaux et ruraux*, thèse Paris, 1930.
- Duguit.** — *Traité de Droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., 1923, pp. 318 et s.; 603 et s.; t. IV, pp. 734 et s.
— « De la situation juridique d'un particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges M. Hauriou*, pp. 251 à 284.
- Goldenberg.** — « L'organisation de la circulation et des transports *Ed. de la vie communale et départementale*, Paris, 1933.
- Hauriou.** — *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., 1933, pp. 857 et s.
- Jèze.** — *Principes de droit administratif*, t. II, pp. 119 et s., t. III, pp. 372 et s.
— « Du droit des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément à leur destination », *Rev. du droit public*, 1910, p. 695.
— « Droit du public sur les routes et chemins », *Rev. du Droit public*, 1915, p. 463.

- Leneveu.** — *De la réglementation de la circulation sur routes*, thèse Paris, 1916.
- Mathiot.** — *Les accidents causés par les travaux publics*, thèse Paris, 1934.
- Monsarrat et Rabany.** — *Traité de la voirie vicinale, rurale et urbaine* 2 vol. 1911.
- Ottoz.** — *Le stationnement des véhicules sur la voie publique. Etude de jurisprudence*, thèse Paris, 1933.
- Pelloux.** — *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, thèse Paris, 1932.
- Peschaud.** — « La réorganisation des transports », *Revue politique et parlementaire*, 1934.
- Regray.** — *Des faits de jouissance privative dont de domaine public est susceptible*, 1900.
- Rigaud.** — *La théorie des droits réels administratifs*, thèse Paris, 1914.
- Roques.** — « La redevance due pour utilisation privative des voies publiques », *Rev. du droit public*, 1934, pp. 35 et s.
- Rousseau.** — « Le régime juridique de la circulation ». *Revue du Droit public*, 1932, pp. 399 et 440.
- Ségur.** — *La permission de voirie*, thèse Bordeaux, 1912.
- Teitgen.** — *La police municipale*, thèse Nancy, 1934.
- Trotabas.** — *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, thèse Paris, 1924.
- « L'automobiliste traqué », *Dalloz hebdomadaire*, 1930, *Chroniques*, p. 53.

II. Décisions de jurisprudence ayant donné lieu à des conclusions ou commentaires importants.

Police de la circulation et de la conservation.

- C. E. 27 janv. 1911, *Cambuzat*, Pouvoirs de police du maire en matière de circulation, R. D. P. 1911, p. 703 : *Concl. de M. Helbronner*.
- 5 juin 1921, *Mis*, d. R. D. P. 1921, p. 528, *Concl. de M. Corneille*.
- 27 févr. 1914, *Bastin*, Circulation des véhicules de poids excessif, S. 1914, III, 81. *Concl. Helbronner*, *Note Hauriou*.
- 29 janv. 1926 (*Bagnolet*). Pouvoirs de l'autorité administrative en matière de police de la conservation, D. P. 1928. III. 48 (4 arrêts). *Note de M. Monsarrat*.

Régime juridique du stationnement.

Stationnement des voitures de place :

- C. E. 8 juin 1917, *Rabé*, S. 1920. III. 1. *Note Hauriou*.
- C. E. 20 oct. 1933, *Vavasseur*, S. 1934. III. 61. *Concl. de M. Parodi*.
- Régime pénal du stationnement.*
- D. P. 1927. I. 273. *Note de M. Monsarrat*.

Réglementation du stationnement, taxes.

Cass. 21 avril 1903, R. D. P. 1904, p. 318. *Commentaire de M. J. Barthélemy.*

Cass. 23 juillet 1927, *Despujol*, D. P. 1928.I.53, *Note de M. Waline.*

C. E. 18 mai 1928, *Laurens*, D. P. 1928.III.65, *Concl. Rivet, Note de M. Waline.*

C. E. 10 janv. 1930. *Despujol*, S. 1930.III.41. *Note de M. Alibert*

C. E. 6 mai 1932. *Genthon*. D. P. 1932.III.25. *Concl. de M. Roussel-lier.*

C. E. 3 juin 1932. *Dulaurens*, D. P. 1932.III.56. *Concl. de M. Detton.*

C. E. 11 déc. 1931. *Ligue parisienne*, S. 1933.III.57. *Concl. Rivet, Note Mestre.*

Régime juridique de transports publics réguliers.

C. E. 7 déc. 1888. *Ponthas*, D.P. 1890.III.9. *Concl. de M. Gauvain.*

C. E. 23 juin 1933. *Planche*. Pouvoir de l'administration d'organiser des services publics de transports.

D. P. 1933, III,33. *Concl. de M. Rivet, Note P. L. J.*

C. E. 29 janv. 1932. *Autobus antibois*, Protection du concessionnaire contre la concurrence.

D. P. 1932.III.60. *Concl. Latournerie. Note Blaevoet.*

S. 1932.III.65. *Note de M. Laroque.*

C. E. 13 janv. 1933, *Mironneau*, S. 1933.III.41. *Note de M. Laroque.*

C. E. 16 juin 1932. *Ramel*. S. 1933. III.113. *Note P. Laroque.*

C. E. 11 juillet 1934. D. P. 1934.III.61. *Concl. Andrieux, Note P. L. J.*

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
 PREMIÈRE PARTIE 	
L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION PROCÉDANT DE SES POUVOIRS DE POLICE SUR LA VOIRIE	
TITRE I. LES RÈGLES TRADITIONNELLES DE L'INTERVENTION DE POLICE	15
<i>CHAPITRE PREMIER. La classification traditionnelle des utilisations de la voirie</i>	
§ I. Les usages communs et les occupations	16
§ II. L'unité des usages communs	17
§ III. La diversité des occupations	18
I. La distinction des occupations avec emprise et sans emprise	20
II. La distinction de la permission et de la concession	21
III. La distinction des occupations normales et anormales	22
<i>CHAPITRE II. Les règles traditionnelles du régime administratif</i>	23
§ I. Régime répressif et régime préventif	27
§ II. La réglementation de l'usage	27
§ III. L'interdiction de l'usage	31
§ IV. La surveillance de l'usage : Déclaration. Autorisation	36
TITRE II. L'ÉVOLUTION DE L'INTERVENTION DE POLICE. LES PROGRÈS DU « RÉGIME DE POLICE. »	43
<i>CHAPITRE PREMIER. Les essais d'automobiles sur route</i>	
<i>CHAPITRE II. Les automobiles « poids lourd ».</i>	
I. L'idée de dégradation extraordinaire	46
II. L'idée d'usage anormal	49
<i>CHAPITRE III. Les transports publics réguliers.</i>	
I. Application du régime de police	54
II. Extension progressive du régime de police	55
<i>CHAPITRE IV. Les stationnements prolongés</i>	
<i>Section I. Le stationnement dans la jurisprudence judiciaire</i>	
§ I. Le stationnement et l'entrave à la circulation	64
§ II. Le stationnement et les droits de la propriété riveraine	65
§ III. Nature des droits des propriétaires riverains	69
<i>Section II. Le stationnement dans la jurisprudence administrative</i>	
§ I. Le stationnement normal	79
§ II. Le stationnement anormal	88
§ III. Nature des droits des propriétaires riverains	91
	96

TITRE III. EXAMEN CRITIQUE DES EXTENSIONS DE L'INTERVENTION DE POLICE.

CHAPITRE PREMIER. <i>La justification du régime de police par l'idée d'usage anormal</i>	103
<i>Section I. L'attribution du caractère anormal à certains usages communs</i>	104
§ I. L'idée d'usage abusif de la voirie	105
§ II. L'idée du but contraire à la destination de la voie	109
I. L'objet et le but dans un acte	110
II. La destination de la voirie	112
III. Le caractère anormal par le but	118
<i>Section II. Le régime logique de l'usage anormal</i>	123
§ I. Régime d'autorisation	124
§ II. Régime d'autorisation discrétionnaire	127
CHAPITRE II. <i>La justification des régimes spéciaux en dehors de l'idée d'usage anormal</i>	136
<i>Section I. Le régime de police</i>	136
I. Le caractère exceptionnel	137
II. L'interdiction relative	138
III. La compétence liée	139
<i>Section II. Le régime des responsabilités</i>	145
§ I. La responsabilité de l'usager pour les dégradations de la voirie...	146
§ II. La responsabilité de l'administration pour les dommages résultant de l'usage de la voie publique	152
I. Les fondements de la responsabilité	153
II. Examen critique	155

DEUXIÈME PARTIE

L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION PROCÉDANT DE SON DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LA VOIRIE

TITRE I. L'EXERCICE EXCLUSIF DU POUVOIR DE POLICE A L'ÉGARD DE TOUTES LES UTILISATIONS DE LA VOIRIE 171

CHAPITRE PREMIER. <i>Les raisons de l'exclusivité des pouvoirs de police</i>	172
I. La non-appropriation des voies publiques	172
II. La conception étroite de la propriété	174

CHAPITRE II. *Les conséquences de l'exclusivité des pouvoirs de police* .. 178

<i>Section I. L'intervention financière</i>	178
<i>Section II. L'intervention économique</i>	183
§ I. L'organisation de services publics de transports en commun	183
§ II. Les interventions à l'égard des entreprises privées	185
§ III. La protection des services publics contre la concurrence des entreprises privées	188
<i>Section III. Le régime des permissions de voirie</i>	194

TITRE II. L'affirmation DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE A L'OCCASION DES OCCUPATIONS ANORMALES DE LA VOIRIE 197

CHAPITRE PREMIER. <i>L'idée de propriété administrative de la voirie et ses limites</i>	198
--	-----

CHAPITRE II. Les conséquences de la propriété administrative pour le régime des occupations anormales	202
§ I. La redevance	202
§ II. L'autorisation	205
I. La « querelle du gaz et de l'électricité »	206
II. Les retraits dans des buts financier et économique	218
TITRE III. L'EXTENSION DE L'IDÉE DE PROPRIÉTÉ ADMINISTRATIVE A TOUTES LES UTILISATIONS DE LA VOIRIE	215
CHAPITRE PREMIER. La propriété de la voirie. Discussion théorique ..	216
CHAPITRE II. La propriété de la voirie et l'intervention administrative :	
<i>La police de la conservation</i>	<i>228</i>
§ I. La conservation expliquée par le pouvoir de police	231
§ II. La conservation expliquée par le pouvoir financier	240
§ III. La conservation expliquée par le droit de propriété	244
CHAPITRE III. La propriété de la voirie et l'intervention financière :	
<i>Les redevances de voirie</i>	<i>251</i>
Section I. Les explications théoriques de la redevance	252
§ I. L'explication pour l'usager.....	253
§ II. L'explication pour l'administration	258
Section II. Les explications de la redevance et la jurisprudence....	264
§ I. Décisions excluant l'idée de propriété.....	265
§ II. Décisions compatibles avec l'idée de propriété.....	267
§ III. Décisions nécessitant l'idée de propriété.....	268
CHAPITRE IV. La propriété de la voirie et l'intervention économique :	
<i>Le régime des transports en commun.....</i>	<i>273</i>
Section I. Les interventions économiques à l'égard des usagers de la voirie	274
I. L'objet des interventions économiques	274
II. Les procédés de l'intervention économique.....	276
III. Les explications juridiques possibles de l'intervention économique	280
Section II. L'organisation de services publics de transport.....	284
§ I. Les solutions de la jurisprudence	286
§ II. L'explication juridique de la jurisprudence.....	290
I. L'idée interventionniste.....	291
II. Les caractères des services publics économiques.....	300
Section III. La réglementation des entreprises privées de transport..	307
§ I. L'évolution de la jurisprudence.....	309
I. L'intérêt du public.....	309
II. La concurrence entre particuliers.....	312
III. L'intérêt du service public.....	314
§ II. L'explication juridique de la jurisprudence.....	316
I. L'idée de service public.....	319
II. L'idée de propriété.....	327
A. L'intérêt du public.....	329
B. L'intérêt du service public	334
Section IV. Le monopole administratif des entreprises de transports publics	338
§ I. L'évolution de la jurisprudence	339
I. L'élargissement du pouvoir de disposer de l'administration	340
II. Les voies de droit au profit des bénéficiaires	346

§ II. L'explication juridique de la jurisprudence	350
I. L'engagement contractuel de l'administration	350
II. Le droit de propriété de l'administration	352
<i>Section V. Les entreprises de transports automobiles d'après le décret loi du 19 avril 1934</i>	<i>359</i>
Conclusion	363
Bibliographie	371

BORDEAUX. — Imp. J. BIÈRE, 18, rue du Peugue. — 1935.
